Über den Satz:
„Nulla poena sine lege“.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität zu Leipzig.

Eingereicht von

Kijuro Takeda,

Dr. jur. der Universität Zuwodaigak und K. japanischer Staatsanwalt a. D.

aus Tokio.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

LEIPZIG,
Druck von Ferdinand Bär.
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546818_0084

I. Geschichte des Satzes „nulla poena sine lege".

Der Grundsatz des modernen Strafrechts „Keine Strafe ohne geschriebenes Gesetz" wurde erst zu Anfang des XIX. Jahrhunderts durch Feuerbach in seinem „Lehrbuch des peinlichen Rechts [1]) in der Form der lateinischen Parömie „nulla poena sine lege" aufgestellt, aber seinem Inhalte nach war er schon um die Mitte des XVIII. Jahrhunderts von den Bahnbrechern der Aufklärungsperiode" in Frankreich anerkannt und dann von der Gesetzgebung der französischen Revolution rezipiert worden. Dieser Grundsatz war aber in seiner vollen Schärfe vorerst nicht Ausfluss einer strafrechtlichen, sondern einer politischen Theorie, denn Montesquieu, welcher in der, in seinem Werke „Esprit des lois" (livre XI, chap. 6) im J. 1748 entwickelten Lehre von der Teilung der Staatsgewalt den erwähnten Grundsatz, daß nur geschriebenes Strafrecht Geltung haben sollte, energisch und zielbewußt propagierte, bezweckte nicht speziell eine Reform des Strafrechts, sondern überhaupt den Schutz der Bürger gegen die Willkür des Staates und seiner Organe auf jedem Gebiet des öffentlichen Lebens. Da Montesquieu klar sah, daß der traurige, chaotische Zustand der damaligen französischen Strafjustiz und namentlich die fast unbeschränkte Willkür der Richter die Rechtssicherheit der Bürger am meisten bedrohte, wollte er diese Willkür durch eine scharfe Trennung der gesetzgebenden von der richterlichen Gewalt beseitigt sehen; er verfiel aber hierbei ins andere Extrem, indem er den bisher fast allmächtigen Richter zum sklavischen Anwender des Gesetzes herabdrücken wollte. Die Urteile sollen nach dieser Theorie nichts weiter sein, als ein „texte précis de la loi", und deshalb müssen die Gesetze geschrieben, klar und vollständig sein. Jede selbständige logische Auslegung des Gesetzes, jede analoge Anwendung desselben ist untersagt, denn sie fallen schon in den Bereich der gesetzgebenden Gewalt; wenn jedes richterliche Ermessen ausgeschlossen sein soll, dann müssen auch die Strafen absolut bestimmt sein.

---

[1]) I. A. 1801. § 20.

Montesquieu sah einseitig nur die Fehler, welche die Richter beim Urteilen wegen der ihnen, wie allen Menschen überhaupt, anhaftenden Schwächen begehen oder begehen könnten, aber er berücksichtigte nicht, daß die gesetzgebende Gewalt auch nur von Menschen ausgeübt wird, daß demnach auch die Gesetze nichts vollkommenes sein können. Die Anpassung des starren und oft lückenhaften Gesetzes an die unendlich mannigfaltigen Erscheinungen des realen Lebens kann nur durch selbständiges logisches Denken des Richters erfolgen; die Herabwürdigung des Richters zu einem mechanischen Werkzeug des Buchstaben des Gesetzes und der Ausschluß jeden Ermessens müßte in sehr vielen Fällen die Anwendung des Gesetzes — dem wahren, auf den Schutz der Rechtsordnung und der Gesamtheit der Bürger gerichteten Willen des Gesetzgebers entgegen — unmöglich machen und aus allzugroßer Sorge für die Freiheitsrechte des Verbrechers das Verbrechen ungestraft lassen. Es ist deshalb ganz verständlich, daß wohl der Grundgedanke dieser politischen Theorie, der Schutz des Bürgers gegen die Willkür des Richters, allmählich immer größere Anerkennung fand, daß aber diese Theorie in ihren äußersten Konsequenzen in keiner Gesetzgebung durchgeführt worden ist.

Ebenfalls um die Mitte des XVIII. Jahrhunderts gewann in Frankreich auch eine strafrechtliche Theorie, welche die bisherigen Anschauungen über den Strafzweck grundsätzlich modifizierte, viele Anhänger. Es war dies die Balanciertheorie [1]), welche bereits im XVII. Jahrhundert von Pufendorf [2]) in seinem Werke „De iure naturae et gentium" durch die Worte („— — poena tanta est constituenda ut aperte maius malum sit leges violasse quam observasse — — — Non enim non possunt homines ex duobus malis quod sibi minus videtur, eligere") angedeutet wurde. Dieser Gedanke wurde u. a. auch von Rousseau [3]) aufgegriffen, der in seinem „Contrat social" den Grundsatz aufstellt: „Il faut balancer l'attrait des avantages présents et sensibles par le danger des maux éloignés et cachés." Als logische Folge dieses Grundsatzes, — der nur eine Konsequenz der politischen Theorien über den „Staatsbürgervertrag" zwischen dem einzelnen Bürger und der Gemeinschaft war, — ergab sich, daß jeder Bürger im voraus wissen müsse, welches Übel für welches Verbrechen ihm drohe, damit er die Möglichkeit habe, sich durch Vermeidung dieses

[1]) Binding, Handb. S. 25.
[2]) Pufendorf, lib. VII. cap. IV. § 3.
[3]) Rousseau, livre II chap 6.

Verbrechens dem angedrohten Übel zu entziehen. Mit diesem Grundsatz war also der bisherige Zustand der Strafgesetzgebung unvereinbar, da ein unsystematisches und widerspruchsvolles Gewohnheitsrecht und unbeschränkte richterliche Willkür es dem Bürger unmöglich machten, klar zu erkennen, was erlaubt und was mit Strafe und mit welcher Strafe er bedroht ist. Deshalb verwarfen die Anhänger diese Theorie — in Übereinstimmung mit Montesquieu — jede Bestrafung auf Grund des Gewohnheitsrechts und der Analogie; während jedoch nach der Montesquieu'schen Theorie die Rückwirkung des neuen Strafgesetzes auf das vor dessen Geltung begangene Verbrechen gefordert wurde, — weil der Richter stets an das neue Gesetz gebunden werden solle und ihm die Möglichkeit einer Wahl zwischen zwei Gesetzen nicht zugestanden werden dürfe, — war die Rückwirkung nach der Balanciertheorie ausgeschlossen, da ja der Verbrecher im Augenblick des Begehens der Tat nur das von dem damals geltenden Gesetz angedrohte Übel in Erwägung ziehen konnte und durch seine Tat sich nur diesem zu unterwerfen bereitwillig zeigte. Im Gegensatz zu Montesquieu ließ die Balanciertheorie auch relativ bestimmte Strafen zu.

Den Anforderungen beider Theorien suchte die Gesetzgebung der französischen Revolution, namentlich der code pénal von 25. 9.—6. 10. 1791 gerecht zu werden; der letztere enthält absolute Strafbestimmungen, die ein freies Ermessen des Richters ganz ausschließen. Das Prinzip „nulla poena sine lege" wurde hier durchgeführt; zugleich wurde das Strafgesetz als der Rechtssatz betrachtet, den der Verbrecher übertritt, und so mußte stets das Gesetz der Begehungszeit zur Anwendung gelangen.

Unser Satz selbst wurde in diesem Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich formuliert, da er schon im Abs. 8 der französischen Konstitution vom 3. 9. 1791 aufgestellt worden war: „Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée."

Die Balanciertheorie wurde dann in Deutschland von Feuerbach vorerst in seinem „Antihobbes" (1798. S. 207 ff.) und dann in seinen weiteren Werken zur sog. „psychologischen Zwangstheorie" ausgebildet und wissenschaftlich begründet.

In seinem „Lehrbuch des peinlichen Rechts" [1]) sagt Feuerbach: „Zweck des Staates ist die Errichtung des rechtlichen

---

[1]) Feuerbach, Lehrb. d. peinl. Rechts. § 8.
Morstadt, Kommentar zu Feuerbachs peinl. Recht. S. 27 ff.

Zustandes, d. h. das Zusammenbestehen der Menschen nach dem Gesetze des Rechts": Der Staat muß also, um seinen Zweck zu erfüllen, vorsorgen, daß alle Rechtsverletzungen vermieden werden. Deshalb hat der Staat Anstalten zu schaffen, namentlich solche, die mit psychischem Zwang verbunden sind, um dem Verbrechen verhütend zuvorzukommen. Alle Verbrechen wurzeln in dem psychologischen Grund der Sinnlichkeit, und dieser psychischen Triebfeder ist nur durch psychischen Zwang beizukommen. Jeder muß wissen, daß der Tat unausbleiblich ein bestimmtes Übel folgen wird, welches größer ist als die Unlust, welche durch Aufgabe der geplanten Tat entsteht.

Dieses Übel muß der Staat in seinem Strafgesetz im voraus androhen; der Vollzug der Strafe soll der Drohung ihre Wirksamkeit sichern.

In seiner „Revision" [1]) definiert Feuerbach die bürgerliche Strafe als „ein vom Staate wegen einer begangenen Rechtsverletzung zugefügtes, durch ein Strafgesetz vorher angedrohtes sinnliches Übel." Die Person des Richters darf bei der Verhängung der Strafe nicht in den Vordergrund treten, denn seine Tätigkeit beschränkt sich nur auf die Anwendung des Gesetzes. „Die Mangelhaftigkeit unserer Verordnungen über die Anwendung der Strafgesetze, die vielen Gesetze, welche nur mit willkürlichen Strafdrohungen ausgestattet sind und doch nicht ausdrücklich die Prinzipien angeben, nach welchen der Richter die Strafen in concreto bestimmen soll, machen schlechterdings Grundsätze über die Anwendung der Strafe überhaupt und über den Maßstab der Strafe nötig". [2])

Das Ansehen der Rechtsordnung erfordert, daß jedem delinquierenden Bürger unerbittlich die Strafe zuerkannt wird, welche das Gesetz auf seine Tat androht. Denn es wäre unbedingt Preisgabe der Gesetzesautorität, nach richterlichem Ermessen die Strafe nach den persönlichen Verhältnissen des Täters zu mildern oder zu schärfen. Feuerbach wendet sich grundsätzlich gegen alle Lehren, welche, wie die von Grolman, zu einer Bestrafung des Verbrechers nach seinem Charakter, nach dem Grade seiner gefährlichen Gesinnung führen müßten.

Er faßte vor allem den Zweck der Strafe, alle Bürger als mögliche Verbrecher abzuschrecken, ins Auge; der Staat droht durch Gesetze dem Bürger für den Fall einer Störung der rechtlichen Ordnung ein sinnliches Leiden an und weckt da-

---

[1]) Feuerbach, „Revision", S. 56.
[2]) „ „ 1799 I. Einl. p. XX.

durch den psychologischen Antrieb in ihm, den Trieb zum Verbrechen zu unterdrücken. Damit leitete Feuerbach die abschreckende Wirkung nicht aus der Verhängung, sondern aus der gesetzlichen Androhung der Strafe her und war dadurch in der Lage, den Rechtsgrund der Strafe und den Strafzweck durch einen einzigen logischen Schluß zu erklären. Er konnte sagen, daß die bloße Drohung überhaupt keinen der Rechtfertigung bedürftigen Eingriff in die Freiheit des Bürgers enthalte, vielmehr der Rechtsgrund der Zufügung sei. [1])

Wenn wir nun, wie es gewöhnlich in den Lehrbüchern des Strafrechts getan wird, die Theorien über den Grund und Zweck der Strafe, d. i. die Straftheorien in drei große Gruppen einteilen: die absoluten („quia peccatum est"), die relativen („ne peccetur") und die Vereinigungstheorien („Quia peccatum est et ne peccetur"), so wird Feuerbachs Straftheorie unstreitig der zweiten Gruppe zugezählt werden müssen, da die Androhung der Strafe und ihr Vollzug vor allem die Abschreckung vor künftigen Verbrechen zum Zwecke haben. Aber Feuerbach stand zu sehr unter Kantischem Einfluß, um Kants, auf dem Gedanken der sittlichen Vergeltung beruhende, absolute Straftheorie ganz unberücksichtigt lassen zu können. Der reine Abschreckungsgedanke macht sich bei Feuerbach nur betreffs der Strafdrohung geltend, aber in die Begründung der Rechtmäßigkeit der Strafvollziehung wird, — im Widerspruch zu seiner oben angeführten logischen Schlußfolgerung betreffs des Rechtsgrundes der Zufügung der Strafe — in gewissem Sinne auch der Vergeltungsgedanke hineingemischt. Die Strafvollziehung kann ja — nachdem sich die Strafdrohung als wirkungslos erwiesen hat — den betreffenden Verbrecher selbst nicht mehr von dem bereits begangenen Verbrechen abschrecken, sie kann nur noch andere Bürger von der Begehung eines gleichen Verbrechens abhalten. „Ist denn aber" fragt Feuerbach im „Antihobbes" [2]), Abschreckung anderer durch ein, vernünftigen Wesen zugefügtes Übel ein rechtlicher, vor der Vernunft zu verantwortender Zweck? Und in seiner „Revision" [3]) zitiert er zustimmend Kants Behauptung aus dessen „metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre" (Metaphysik der Sitten, S. 173): „Richterliche Strafe kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gut zu befördern für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche

---

[1]) Lehrbuch des peinl. Rechts. § 17. S. 17.
[2]) Feuerbach „Antihobbes". S. 208.
[3]) „ „Revision" I. S. 48.

Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat." Nur „quia peccatum est" kann also auf Grund der vorausgegangenen Strafdrohung die Strafe verhängt werden.

Dieses Vergeltungselement, welches auf der von Kant gelehrten sittlichen Willensfreiheit beruht, ist eine ganz inkonsequente, wenn auch von sehr edlen Motiven diktierte Abweichung von der „psychologischen Zwangstheorie", denn diese findet die letzte Quelle jeder menschlichen Handlung in der Sinnlichkeit, ist also deterministisch; [1]) an diesem inneren Widerspruch krankt Feuerbachs Lehre. Außerdem verkennt sie die Erfahrungstatsache, daß die Sinnlichkeit nicht die alleinige Quelle der Verbrechen ist. Die Schwachheit ihrer Fundamente zeigt die einfache logische Schlußfolgerung, daß jedes begangene Verbrechen schon durch seine Existenz den sicheren Beweis von der Unmöglichkeit eines im konkreten Falle wirksamen psychischen Zwanges liefert. [2]). In Konsequenz seiner Theorie verwarf Feuerbach Gewohnheitsrecht und Analogie; nur die Notwendigkeit der — nicht ausdehnenden — Interpretation erkennt er an, denn er sagt:

„Wer den Richter nur an den Buchstaben verweist, hebt das Gesetz seinem Wesen nach auf, um es dem Scheine nach zu sichern." [3]).

Da dem Zwecke der Androhung, den sinnlichen Trieb zum Verbrechen zu unterdrücken, nur ein geschriebenes, promulgiertes Recht genügen kann, so ist, da der freie Bürger Kenntnis davon haben muß, ausschließlich ein solches Gesetz Rechtsgrund der Strafe. Ohne solches ist also nach dieser Theorie eine Strafe nicht nur gesetzwidrig, sondern rechtswidrig, also: „nulla poena sine lege".

Da Feuerbach auch von den rechtsphilosophischen Theorien des 18. und 19. Jahrhunderts über die Entstehung des Staates durch das „pactum unionis civilis" beeinflußt war, so konstruiert er („Strafe als Sicherungsmittel" 1800 S. 95, 96) auch „die rechtlich notwendige Einwilligung des Täters in die Strafe durch Einwilligung in die Tat"; demnach verteidigt er den Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Gesetzes, der — wie später bewiesen werden wird, — vom Standpunkte des Satzes „nulla poena sine lege" berechtigt ist, durch die irrige Behauptung, daß jeder Verbrecher ein „Recht" auf die

---

[1]) vgl. Döring, Feuerbachs Straftheorie. S. 42.
[2]) vgl. Finger, Lehrb. I. S. 14.
[3]) Kritik des Kleinschr. Entwurfs II. S. 18.

Strafe seines Gesetzes (d. i. desjenigen der Begehungszeit) habe.

Wir haben nun gesehen, daß der Satz „nulla poena sine lege" seine Entstehung zwei Theorien verdankt, der Montesquieu'schen Teilungstheorie und der — aus der Balaniertheorie und Staatsbürgervertragstheorie hervorgegangenen — psychologischen Zwangstheorie Feuerbachs. Nachdem diese Theorien infolge der geschichtlichen, soziologischen und psychologischen Forschungen im XIX. Jahrhundert sich als unhaltbare abstrakte Konstruktion erwiesen haben, könnte es scheinen, daß auch unser Satz seine Berechtigung verloren hat. Jedoch der Umstand, daß dieser Satz — wie der II. Abschnitt unserer Arbeit zeigen wird — zwecks Beschränkung eines allzuweit gehenden freien Ermessens der Richter fast in allen neueren Strafgesetzbüchern und sogar in die neuesten Strafgesetzentwürfe aufgenommen und mehr oder minder konsequent durchgeführt worden ist, beweist, daß der Satz von jenen Theorien ganz losgelöst werden kann; dessen Analyse im III. Abschnitt unserer Arbeit wird erklären, in welchem Sinne der Satz von der heutigen Wissenschaft aufgefaßt wird und inwiefern er als leitendes Prinzip des Strafrechts noch weiterhin berechtigt ist.

II. Die Formulierung und Durchführung dieses Satzes in neueren Strafgesetzbüchern und Entwürfen.

Im III. Abschnitt unserer Arbeit wird eingehend ausgeführt werden, welche Konsequenzen — in Bezug auf Auffassung der Strafe als Vergeltungsstrafe, auf Strafzumessung, auf Zulässigkeit der Analogie, des Gewohnheitsrechts und der Rückwirkung — die Anerkennung unseres Satzes nach sich ziehen muß, wenn er nicht ein toter Buchstabe bleiben soll. In der folgenden Darstellung wird also nicht nur zu prüfen sein, ob und wie unser Satz formuliert worden ist, sondern auch, ob er in den angedeuteten Richtungen entsprechend gewürdigt wurde.

A. Deutschland.

1. Bayern.

Feuerbachs Bedeutung beschränkte sich nicht nur darauf, daß er theoretisch unserem Satz Anerkennung zu verschaffen suchte; noch wichtiger war seine Mitarbeit an der Reform der Bayrischen Strafgesetzgebung. Sein im J. 1807 ausgearbeiteter Entwurf wurde mit geringen Abänderungen im J. 1813 als Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern publiziert und diente durch die dort enthaltenen scharfen Begriffsbestimmungen und durch seine Systematik in mancher Beziehung als Muster für spätere deutsche Strafgesetzbücher. Stenglein rechnet in seiner „Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher" (München 1858) die Periode der neuen deutschen Kodifikationen von diesem Gesetzbuch an und läßt die früheren ganz unberücksichtigt; vom Standpunkt unseres Satzes betrachtet, ist dies vollkommen richtig, denn dies Gesetzbuch bildet in Deutschland den ersten Versuch, diesen Satz — den Anforderungen der damaligen Wissenschaft gemäß — konsequent durchzuführen. Döring [1]) charakterisiert dies Gesetzbuch folgendermaßen:

---

[1]) Feuerbachs Straftheorie. S. 48.

„An Stelle heilloser Verwirrung strafrechtlicher Begriffe, schrankenloser richterlicher Willkür, grausamer Härte machten sich die Kantschen Ideen von Menschenwürde, von Freiheit und Gleichheit jedes Bürgers vor dem Gesetze geltend."

Unser Satz wird im Art. I des Gesetzbuches formuliert: „Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Übel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Übel als seiner Strafe unterworfen." Art. I des Verkündungspatentes bestimmt, daß alle früheren Gesetze, Verordnungen oder Gewohnheiten ihre Giltigkeit verlieren, und nach Art. II dieses Patents soll das neue Gesetz auch auf die vor dessen Einführung begangenen strafbaren Handlungen angewendet werden, insofern die in ihm bestimmte Strafe nicht strenger ist, als die früher angedrohte. Die Art. 90—118 behandeln die Zumessung (d. h. Minderung oder Mehrung) und die Veränderung (d. h. Milderung oder Schärfung) der Strafe und trachten, das freie Ermessen des Richters, nach Möglichkeit auf das Mindestmaß zu beschränken. Trotzdem bei den einzelnen Verbrechen die Strafrahmen an und für sich sehr eng sind (gewöhnlich 1—3, 1—4, 4—8 Jahre usw.), gaben die §§ 90—94 dem Richter noch bestimmte Vorschriften über die Bemessung der Strafe innerhalb dieser Rahmen. Maßgebend ist da sowohl die Beschaffenheit der Tat selbst, wie auch die Gemüts- und Willeneigenschaft des Verbrechers; die betreffenden Strafzumessungsgründe werden taxativ aufgezählt und es ist dem Richter ausdrücklich verboten, aus diesen Gründen von den Strafrahmen abzugehen oder die angedrohte Strafgattung zu verändern (Art. 95). Eine Milderung der Strafe infolge Zusammentreffens mehrerer wichtiger strafmindernder Umstände ist dem König vorbehalten (Art. 96). Gesetzliche allgemeine Strafminderungsgründe sind nur (Art. 98—106): Jugend, hohes Alter, langwierige Untersuchungshaft und Mängel im Tatbestande; Strafschärfungsgründe (Art. 107—117) sind: Zusammenfluß mehrerer Verbrechen und Rückfall. Über die mildere Bestrafung des Versuches und der Teilnahme handelt das Gesetz in einem besonderen Kapitel (Art. 57—89).

Nach der Publizierung dieses Gesetzbuches wurde durch besondere Verordnungen das Interpretationsrecht der Richter sehr eingeschränkt, indem die amtlichen „Anmerkungen zum Strafgesetzbuch" mit Gesetzeskraft als offizielles Interpretationsmittel veröffentlicht und wissenschaftliche Kommentare verboten wurden; natürlich war irgendwelche Anwendung der Analogie ganz ausgeschlossen.

Trotzdem das Strafgesetzbuch in seinem technischen Aufbau sich ungemein vorteilhaft von den älteren Gesetzbüchern unterschied, in der ersten Zeit fast als das Ideal eines Strafgesetzbuches betrachtet und bereits im J. 1814 auch in Oldenburg mit geringen Abänderungen eingeführt wurde, zeigte sich bald, daß viele Bestimmungen mehr dem theoretischen Standpunkte Feuerbachs als den Ansprüchen der Praxis genügten, und daß namentlich die allzugroße Beschränkung des richterlichen Ermessens viele Nachteile nach sich zog. Dessen ungeachtet blieb es durch fast 50 Jahre in Geltung und wurde erst im J. 1861 durch ein neues, dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 verwandtes, bayrisches Strafgesetzbuch ersetzt.

2. Sachsen.

Das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 gab Anregung zu einer Kodifikation des sächsischen Strafrechts; das sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838 bildet aber — was unseren Satz anbelangt — einen Gegensatz zum bayrischen, denn der Artikel 1 lautet: „Das gegenwärtige Gesetzbuch findet Anwendung auf solche Handlungen oder Unterlassungen, welche in den Bestimmungen desselben den Worten **oder dem Sinne nach** mit Strafe bedroht sind". Im späteren sächsischen Strafgesetzbuch von 1855 lautet Art. 1 ebenfalls wesentlich gleichartig: „Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzbuches finden Anwendung auf solche Handlungen und Unterlassungen, welche nach den Worten oder **nach dem Sinne** der einzelnen Bestimmungen desselben mit Strafe bedroht sind." Während also im bayrischen Strafrecht nicht nur Analogie, sondern sogar freie Auslegung verboten wurde, zeigen die Worte „nach dem Sinne" den deutlichen Willen des sächsischen Gesetzgebers, die Anwendung der Analogie seitens des Richters nicht nur nicht zu verbieten, sondern im Gegenteil sie direkt anzuordnen. Die Publikationsverordnung zum Strafgesetzbuch von 1855 schreibt im § 6 die Rückwirkung des neuen Gesetzes vor, insofern es nicht härtere Strafen androht. Die Artikel 73—76 dieses Gesetzbuches enthalten eine sehr allgemein gehaltene Anleitung betreffs der Strafzumeßung, die Artikel 77—85 geben aber dem Richter genaue Anweisungen für die Strafschärfung beim Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und Rückfall. Allgemeine gesetzliche Milderungsgründe sind: verminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 88), Jugend (Art. 90), Exzess in der Notwehr, Zwang und Rechtsirrtum (Art. 97). Bei den ein-

zelnen Verbrechen gibt es außerdem genaue Bestimmungen betreffs Strafmilderung und Strafschärfung. Die mildere Behandlung des Versuchs und der Teilnahme behandelt das Gesetz in besonderen Kapiteln (III und V).

3. Preußen.

Da das Strafrecht des preußischen „Allgemeinen Landrechts" — durch die Vermischung strafrechtlicher und absolutistisch-polizeilicher Gesichtspunkte eines klaren, einheitlichen Grundprinzips entbehrte und durch eine veraltete kasuistische Fassung den geänderten Anforderungen der Wissenschaft und der Praxis nicht mehr entsprach, wurde im J. 1826 eine Reform des preußischen Strafrechts angebahnt, die in der Ausarbeitung und Publizierung des Strafgesetzbuches vom 14./4. 1851 ihren Abschluß fand. Unser Satz wurde im § 2 formuliert: „Kein Verbrechen, kein Vergehen und keine Übertretung kann mit einer Strafe belegt werden, die nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde." Art. IV des Einführungsgesetzes ordnet die Rückwirkung nur des milderen neuen Gesetzes an. Allgemeiner Strafmilderungsgrund ist nur Jugend (§ 43); Bestimmungen über Strafschärfung bei Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und Rückfall enthalten die §§ 55—60. Über die mildere Bestrafung des Versuchs und der Teilnahme befinden sich Bestimmungen in den §§ 31 - 39. Sonstige Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe sind bei den einzelnen Verbrechen angegeben, und namentlich werden — nach französischem Muster — in vielen Fällen die unbestimmten „mildernden Umstände" („wird festgestellt, daß mildernde Umstände vorhanden sind, . . .") zugelassen.

Dieses Gesetzbuch diente als Grundlage für die Ausarbeitung des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 31./5. 1870, welches dann mit geringen redaktionellen Änderungen als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15./5. 1871 publiziert worden.

4. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Hier ist im § 2 Abs. 1 unser Satz in seiner vollen Bedeutung formuliert: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde"; daraus ergibt sich klar die Ausschließung des Gewohnheitsrechts und der Analogie. Dies gilt aber nur insoweit, als es sich um die Bestrafung per analogiam handelt, denn das argumentum a contrario führt nach Ansicht der meisten Theoretiker des deutschen

Strafrechts und nach der allgemeinen strafrechtlichen Praxis zum logischen Schluß, daß die Analogie dort gestattet ist, wo es sich um Ausschließung, Aufhebung oder Modifizierung des Strafanspruchs handelt. [1]) Binding gibt in seinem Handbuch d. Strafr. (S. 221) mehrere Beispiele einer im geltenden Rechte zuläßigen oder sogar unumgänglich notwendigen Analogie.

Aus dem Absatz 1 des § 2 folgt wieder logisch, daß das Gesetz keine rückwirkende Kraft hat; ausnahmsweise ist nach Abs. 2 des § 2 bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlungen bis zu derer Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden.

Der allgemeine Teil des Gesetzbuches behandelt als eigentlichen gesetzlichen Milderungsgrund nur Jugend (§ 57), enthält aber in den §§ 43—50 besondere Vorschriften über die mildere Behandlung des Versuchs und der Teilnahme. In den §§ 73—79 ist Strafschärfung nur bei Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen allgemein angeordnet; sonstige Strafschärfungsgründe (z. B. Rückfall, besonders gefährliche Art der Begehung oder besonders schwerer Erfolg) sind nur bei einzelnen Verbrechen angegeben Strafmilderungsgründe sind durch den, bei vielen einzelnen Verbrechen vorkommenden unbestimmten Ausdruck: „Sind mildernde Umstände vorhanden . . .“ — vollkommen dem Ermessen des Richters anheimgestellt; deshalb verurteilt Wach [2]) mit Recht die Aufstellung besonderer milderer Sonderstrafrahmen in diesem Gesetzbuch neben dem Normalstrafrahmen, da ja völlig im dunkeln liegt, welche Umstände die Normalstrafe im Gegensatz zur Milderungsstrafe begründen.

5. Der Vorentwurf des neuen deutschen Strafgesetzbuches.

Der im J. 1909 ausgearbeitete Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch, — welcher der allgemeinen Ansicht Rechnung trägt, daß das geltende Strafgesetzbuch verschiedene Mängel aufweise und den gegenwärtigen Bedürfnissen nicht mehr voll entspreche, — enthält im § 2 Abs. 1 und 2 die wesentlich gleiche Bestimmung, wie das geltende Gesetzbuch: „Eine Handlung kann nur dann bestraft werden, wenn sie zur Zeit der Begehung gesetzlich mit Strafe bedroht war. Wird das Gesetz bis zur Aburteilung geändert, so kommt das dem Täter günstigste Gesetz zur Anwendung.“ Als dritter Absatz wurde noch hinzugefügt: „Wird es (d. i. das

[1]) Frank, Strafgesetzbuch. S. 24.
[2]) Wach, Legisl. Technik. S. 77.

Gesetz) aufgehoben, so fällt die Strafbarkeit fort." Die §§ 63, 66 und 69 enthalten gesetzliche Milderungsgründe (geistige Mängel, Notwehr und jugendliches Alter), bei deren Vorhandensein auf die vollendete verbrecherische Handlung nur die Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs Anwendung finden; dabei sind noch bei Jugendlichen betreffs der Strafart bestimmte Beschränkungen des richterlichen Ermessens vorgeschrieben. Die mildere Bestrafung des Versuchs und der Teilnahme wird in den §§ 75—80 besonders behandelt. Die §§ 81—89 enthalten Vorschriften über die Strafbemessung; bei Bemessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens sind insbesondere die in der Tat hervortretende verbrecherische Gesinnnng, die Beweggründe des Täters, der von ihm verfolgte Zweck, der zur Tat gegebene Anreiz, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, der Grad seiner Einsicht, die Folgen der Tat und das Verhalten des Täters nach dieser, namentlich die bewiesene Reue und das bewiesene Streben, die Folgen wieder gut zu machen, zu berücksichtigen (§ 81). Soweit mildernde Umstände die Änderung der Art oder der gesetzlichen Grenzen der Strafe bewirken können, ist dies im Gesetze (im besonderen Teile) ausdrücklich vorgesehen; mildernde Umstände liegen vor, wenn die für die Milderung der Strafe sprechenden Gründe überwiegen (§ 82). In besonders leichten — im Gesetze definierten — Fällen kann das Gericht von einer Strafe überhaupt absehen (§ 83). Strafschärfungsgründe in besonders schweren Fällen sind im Gesetz ausdrücklich vorgesehen; besonders schwere Fälle liegen vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat ungewöhnlich bedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich erscheint (§ 84). Auf wahlweise angedrohtes Zuchthaus darf nur dann erkannt werden, wenn das Verbrechen aus ehrloser Gesinnung hervorgegangen ist (§ 85). Beim dritten und ferneren Rückfall muß die Strafe mindestens ein Viertel und höchstens das Doppelte der höchsten Strafe des Normalstrafrahmens betragen (§ 88). Bei gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechern ist auf Zuchthaus und zwar bei Verbrechen nicht unter fünf Jahren und bei Vergehen nicht unter zwei Jahren zu erkennen (§ 89). Die §§ 90—93 enthalten Bestimmungen über die Strafschärfung beim Zusammentreffen mehrerer, durch eine Handlung verletzter Strafgesetze oder mehrerer strafbarer Handlungen.

In besonderem Teile des Vorentwurfs gibt es bei einer Anzahl von Verbrechen einen strengeren Sonderstrafrahmen

für besonders schwere Fälle, wobei das Gesetz immer auf die Definition dieser Fälle im § 84 hinweist. Noch öfter sind mildere Sonderstrafrahmen in Verbindung mit dem unbestimmten Ausdruck „bei mildernden Umständen" vorgesehen; durch die Bestimmung des § 82 versucht der Gesetzgeber, dem Richter hierüber nur eine ganz allgemeine Anleitung zu geben.

Die amtliche „Begründung" zum Vorentwurf läßt noch klarer erkennen, inwiefern der letztere bestrebt ist, unsern Satz nach Möglichkeit durchzuführen und das freie richterliche Ermessen nicht in unbegrenzte Willkür ausarten zu lassen. Die Begründung zu § 2 (S. 5) erklärt das Gewohnheitsrecht und die Analogie für die Bildung von Strafrechtssätzen als ausgeschlossen und bemerkt, daß der vereinzelt in der Literatur auftretenden Forderung der Zulassung der Analogie im Interesse der Rechtssicherheit der Staatsbürger nicht stattgegeben werden könne; als „Gesetz" gilt jeder geschriebene Rechtssatz, also auch die Polizeiverordnungen. In der Begründung zu § 81 (S. 313/4) werden allgemeine gesetzliche Anhaltspunkte für den Richter bei Abmessung der Strafe deshalb als notwendig erachtet, damit die Verschiedenheit unter den Urteilen der einzelnen Gerichte bei ähnlichen Sachverhalten nicht auffallend groß sei und im Publikum nicht die Meinung entstehe, daß hierbei nicht wohlerwogene Gründe, sondern Stimmungen und allgemeine Eindrücke entscheidend seien. Jedoch das Gesetz kann dem Richter nur bei Handhabung der ihm gewährten Freiheit helfen, denn jede Bindung des Richters wäre hier nicht minder verderblich wie bei der Beweiswürdigung. Die Aufzählung der Milderungsgründe wird als eine Kasuistik verworfen, welche die Stellung des Angeklagten bei der Strafzumessung eher verschlechtert als verbessert, da es unmöglich sei, auch nur einigermaßen die Reihe der beachtenswerten Milderungsgründe zu erschöpfen (S. 321).

In der Begründung zu § 87 (S. 342) lehnt der Entwurf eine einseitige Berücksichtigung der Forderungen der Kriminalsoziologischen Schule, die sog. Gesinnungsstrafe ab, denn: „es entspricht nicht der berechtigten Volksanschauung . . ., wenn bei der Strafbemessung lediglich oder vorwiegend auf die Gesinnung und die Persönlichkeit des Täters gesehen (wird) . . .". Die Einleitung zur „Begründung" spricht sich (S. X) grundsätzlich über die Stellung des Vorentwurfs zu dem Streite zwischen der sog. modernen (d. i. soziologischen) mit der sog. klassischen (auf dem Boden der Vergeltungsstrafe stehenden) Strafrechtsschule aus. Sein Standpunkt kann dahin bestimmt werden, daß er im allgemeinen zwar auf dem

Boden der klassischen Schule steht, jedoch der modernen Schule eine Anzahl zeitgemäßer Zugeständnisse macht. Deshalb umfaßt er auch (in den §§ 42, 43 u. a.) sog. sichernde Maßnahmen, welche sich aus dem Vergeltungsgedanken allein nicht rechtfertigen lassen, sondern auf Prävention abzielen; aus der Begründung zu § 42 (S. 148) ergibt sich jedoch, daß der Entwurf keineswegs sichernde Maßnahmen mit Strafen konfundieren will, sondern — wie es bereits im geltenden Gesetzbuch mit der sog. korrektionellen Nachhaft der Fall ist — aus Zweckmäßigkeitsgründen dem, mit der strafrechtlichen Aburteilung befaßten Richter zugleich die Anordnung der Präventivmaßnahme überträgt, um die persönliche Freiheit gegen willkürliche polizeiliche Eingriffe zu schützen. Bemerkenswert ist noch, daß sich die Einleitung zur „Begründung" (ebenfalls S. X) folgenderweise über die Tragweite unseres Satzes äußert: „Der alte wohlbegründete Satz nulla poena sine lege, der unter anderem auch ein Recht auf Wissenschaft und die Analogie als Rechtsquelle ausschließt, führt, wenn man von ihm aus folgerichtig weiter denkt, auch zu der Ablehnung großer Dehnbarkeit der Strafgesetze."

B. Österreich.

Das geltende österreichische Strafgesetzbuch ist zwar erst am 27./5. 1852, also fast 40 Jahre nach dem bayrischen SGB. von 1813 und erst nach dem preußischen von 1851, kundgemacht worden; da es aber keine vollständig neue Kodifikation, sondern — wie es die Einleitung zum Kundmachungspatent ausdrücklich hervorhebt — nur eine neue revidierte und ergänzte Ausgabe des österr. Strafgesetzes über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen vom 3./9. 1803 sein sollte, steht es auf einem veralteten absolutistischen Standpunkt und reicht in seinen Begriffsbestimmungen und in seinem technischen Aufbau bei weitem nicht an das von Feuerbach geschaffene Muster einer Kodifikation heran.

Unser Satz ist in diesem SGB. im Art. IV des Kundmachungspatents, welcher nur den Grundsatz des Art. VI der Einleitung zum SGB. von 1803 wiederholt, formuliert: „Nach Maßgabe dieses Strafgesetzes kann, vom Tage seiner Wirksamkeit angefangen, nur dasjenige als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung behandelt und bestraft werden, was in demselben ausdrücklich als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung erklärt wird" Nach Art. I des Kundmachungspatents soll dieses Gesetz als alleinige Vorschrift für die Bestrafung der

darin bezeichneten Handlungen in Wirksamkeit treten, und alle Gesetze, Verordnungen und **Gewohnheiten,** die vorher bestanden haben, werden außer Geltung gesetzt. Art. IX bestimmt, daß dies Gesetz nur insofern auf alle vor der Kundmachung begangenen strafbaren Handlungen Anwendung finden solle, als dieselben keiner strengeren Behandlung als nach dem früher bestandenen Rechte unterliegen. Somit ergibt sich als logische Schlußfolgerung, daß eine zur Zeit der Begehung straflose Handlung auch nach dem neuen Gesetz nicht bestraft werden kann. Die §§ 32 und 33 beschränken die richterliche Willkür in der Ausmessung der Strafe, die §§ 43—47 zählen die erschwerenden und Milderungs-Umstände auf und die §§ 48—55 geben dem Richter Vorschriften über die Beurteilung der Erschwerungs- und Milderungsumstände und erteilen ihm bei Verbrechen, für welche die Strafzeit nicht über fünf Jahre bestimmt ist, das sog. „außerordentliche Milderungsrecht."

Über die mildere Bestrafung der Teilnahme enthalten die §§ 211—222 besondere Bestimmungen.

Um die Härten dieses, mit der ganzen späteren politischen und sozialen Entwicklung Österreichs im Widerspruche stehenden Gesetzes zu mildern, wurde das „außerordentliche Milderungsrecht" durch den § 338 der österr. Strafprozeßordnung von 1873 auch auf alle mit höheren Strafen bedrohte Verbrechen ausgedehnt, wobei aber das Gericht nicht unter 3 Jahre (bei Normalstrafrahmen von 10—20 Jahren) resp. unter 1 Jahr (bei Strafen von 5—10 Jahren) hinabgehen darf.

Dieses „außerordentliche" Milderungsrecht hat nun faktisch die allzu strengen Normalstrafen in den meisten Fällen ganz zurückgedrängt und eine solche Ungleichmäßigkeit in der Anwendung des Gesetzes hervorgerufen, daß die amtliche Begründung zum Entwurfe eines österr. Strafgesetzbuches von 1874 mit Recht bemerken konnte, die Judikatur habe sich an die Stelle der Legislative gesetzt.

Der Vorentwurf zu einem neuen österr. Strafgesetzbuch vom Jahre 1909 soll nun hier wieder geordnete Verhältnisse schaffen.

Im § 1 des österreichischen Entwurfes ist der Grundsatz: „Durch die Gerichte zu bestrafen ist nur, wer eine Handlung begeht, die durch ein Gesetz mit Strafe bedroht ist" aufgestellt.

Und § 79 Abs. 1 fügt noch hinzu: „Strafbar ist nur, wer eine Handlung begeht, die schon im Zeitpunkt ihrer Begehung mit Strafe bedroht war." Abs. 2 und 3 des § 79 ordnen

die Rückwirkung des neueren Gesetzes an, insofern nicht das frühere Gesetz für den Täter günstiger ist.

§ 43 enthält allgemeine Grundsätze für die Bemessung der Strafe; es sind zu berücksichtigen: das Verschulden und die Gefährlichkeit des Täters, die Beschaffenheit der Tat, sowie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters. Die strengste der vom Gesetz wahlweise zugelassenen Strafarten ist nur anzuwenden, wenn dem Täter wiederholter Rückfall, besondere Rohheit, grober Eigennutz, Schamlosigkeit oder Arbeitsscheu zur Last fallen. Der § 44 zählt, aber nicht taxativ, die mildernden Umstände und § 45 die erschwerenden Umstände auf. Die §§ 47—56 geben dem Richter genaue Anweisung betreffs der Bestrafung Jugendlicher und die §§ 57—69 bestimmen, wann und wie der Richter die Strafe mildern und — namentlich bei Rückfall und Zusammentreffen — schärfen soll. Besondere Bestimmungen über die mildere Bestrafung des Versuchs, der Anstiftung und der Beihilfe enthalten die §§ 13—17.

Beim Durchblicken des besonderen (II.) Teiles des Vorentwurfs ergibt sich, daß der Gesetzgeber ein gewisses Mißtrauen gegenüber dem richterlichen Ermessen zeigt und dieses viel mehr an das Gesetz bindet, als dies im deutschen Vorentwurf der Fall ist. Er stellt engere Strafrahmen auf und kennt nicht die unbestimmten mildernden und die nur allgemein definierten erschwerenden Umstände des deutschen Vorentwurfs. Wo das Gesetz neben den Normalstrafrahmen einen Sonderstrafrahmen aufstellt, wird dessen Anwendung kasuistisch bestimmt, und dies entweder bei dem betreffenden Tatbestand oder in gemeinsamen Bestimmungen über erhöhte (z. B. § 268) oder mildere (z. B. § 300) Strafen.

Die kasuistischere, also das Ermessen des Richters mehr beschränkende Fassung des österr. Vorentwurfs beweist schon der Umstand, daß er aus 478 Paragraphen besteht, während der deutsche deren nur 310 und dazu noch in kürzerer Fassung hat.

C. Schweizer Vorentwurf.

Bisher gibt es noch kein einheitliches Strafgesetzbuch für die ganze Schweiz, sondern nur besondere Strafgesetzbücher für die einzelnen Kantone; aber seit zwei Jahrzehnten sind Vorarbeiten für ein allgemeines Schweizer Strafgesetzbuch im Gange. Einen wichtigen Fortschritt bezeichnet der neueste Vorentwurf vom Jahre 1908, welcher wohl die Postulate der modernen Schule teilweise berücksichtigt, aber im

allgemeinen auf dem Boden der klassischen Schule steht und bestrebt ist, das richterliche Ermessen entsprechend einzuengen und eine Anleitung für die Strafzumessung zu geben. Er formuliert unsern Satz im Art. 1: „Keine Strafe ohne Gesetz. Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die gesetzlich mit Strafe bedroht ist", und Art. 2 ordnet die Rückwirkung des milderen Gesetzes an.

Die Strafmilderungsgründe sind im Art. 50 taxativ aufgestellt und Art. 51 gestattet die Milderung nur innerhalb gewisser Grenzen. Die meisten Bestimmungen über mildernde Umstände sind indes ihrem Inhalte nach nur auf vorsätzliche und nicht auf fahrlässige Delikte anwendbar; und der Richter ist somit bei diesen letzteren faktisch an das gesetzliche Mindestmaß gebunden, was oft zu großen Härten führen könnte. Daß der Gesetzgeber den Satz „nulla poena sine lege" volle Geltung verschaffen will, geht auch aus Art. 53 des Entwurfs hervor, wo es heißt, daß nur dann, wenn das Gesetz den Richter ausdrücklich ermächtigt, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern (z. B. Art. 14, Abs. 2; Art. 22, Abs. 2; Art. 26, Abs. 2; Art. 27), der Richter an die Strafart und das Strafmaß, die für das Verbrechen angedroht sind, nicht gebunden sei. Und in Art. 49 ist auch gleich eine Anleitung für das Strafmaß enthalten, denn er bestimmt, daß der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters bemessen und dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen berücksichtigen soll.

Art. 54 schreibt vor, daß der Richter nicht auf Gefängnis, sondern auf Zuchthaus erkennen soll, wenn das Verbrechen eine gemeine Gesinnung oder einen schlechten Charakter des Täters bekundet. Endlich begrenzen die Art 55 und 56 das Strafschärfungsrecht des Richters bei Rückfall und Zusammentreffen von Freiheitsstrafen.

D. Frankreich.

Der Code pénal von 1810 zeichnet sich durch Klarheit und Bestimmtheit seiner Vorschriften aus, aber zugleich durch einseitig strenge Strafbestimmungen. Unser Satz ist im Art. 4 ausgesprochen: Das Gesetz muß bereits erlassen sein zur Zeit, wo die strafbare Handlung begangen wurde. Art. 6 ordnet die Rückwirkung des milderen Strafgesetzes an. Dies Gesetzbuch hat, den gegen die richterliche Willkür gerichteten Tendenzen der Aufklärungsperiode folgend, bei den „crimes" das freie Ermessen des Richters ausgeschaltet und für die

„délits“ sehr beschränkt. Aber die Reform von 1832 führte das System der unbestimmten „circonstances atténuantes“ ein und erweiterte die Grenzen des richterlichen Ermessens. Die Strafmilderungsgründe zerfallen in die vom Gesetze ausdrücklich vorgesehenen „Entschuldigungsgründe“ (excuses) und die vom Richter festzustellenden mildernden Umstände (circonstances atténuantes): bei Vergehen und Übertretungen bestehen für das Milderungsrecht des Richters noch gar keine Schranken, dagegen bei Verbrechen werden nach Art. 463 dem Ermessen des Richters enge Grenzen gezogen. Die Strafschärfungsgründe sind von vornherein durch das Gesetz bestimmt, sonstige erschwerende Umstände berechtigen den Richter nur, auf das normale Höchstmaß der Strafe zu erkennen. Im allgemeinen weist das franz. Recht sehr enge Strafrahmen auf. Rosenfeld [1]) veranschaulicht an einigen Beispielen die Künstlichkeit nnd Willkürlichkeit dieser zu großen Anzahl von Strafrahmen.

E. Italien.

Das italienische Strafgesetzbuch von 1889 würdigt das Verbrechen als vorzugsweise soziale Erscheinung und berücksichtigt in beschränktem Maße die Forderungen der kriminalanthropologischen Schule (z. B. in der Anerkennung eines Zwischenstadiums zwischen geistiger Gesundheit und Geisteskrankheit); aber der Standpunkt der klassischen Schule ist keineswegs aufgegeben und unser Satz kommt entsprechend zur Geltung. Er ist im Art. I formuliert, und Art. II ordnet die Rückwirkung des milderen Gesetzes an. Als Reaktion gegen die frühere, in Italien zu wenig begrenzte Willkür der Richter war es die Tendenz des Gesetzgebers, das richterliche Ermessen nach Möglichkeit stark einzuschränken. Diese Tendenz war am besten im Art. 30 des Entwurfes zum geltenden Gesetz ausgedrückt: „Il giudice non può aumentare, nè diminuire nè commutare alcuna pena, se non nei casi espressamente determinati dalla legge“; und in der Begründung zum Art. 56 des Entwurfes wurde bemerkt, daß die Befugnis des Richters, die Strafe frei zu wählen, gleichbedeutend wäre mit „correggere la legge“. Der § 29 des Gesetzes gibt dem Richter bestimmte Anleitung für die Strafbemessung und für gleichzeitige Berücksichtigung der Schärfungs- und Milderungsgründe, nach einer Methode, die man „mathematischen Schlüssel“

[1]) Rosenfeld, Richterliche Strafzumessung. S. 112, 113.

nennen könnte. [1]). Die Strafart bestimmt das Gesetz, je nach dem Beweggrunde der Tat, im voraus; die Strafrahmen sind im allgemeinen eng.

F. England.

In England gibt es keine systematische Kodifikation des ganzen Strafrechts; das letztere ist teilweise gemeines Recht (Common Law) d. i. Gewohnheitsrecht, welches in den Präjudizien der Gerichte niedergelegt ist oder nach Analogie geltender Bestimmungen vom Richter neu geschaffen wird, und teilweise Gesetzesrecht (Statute Law), welches aus vielen je nach dem Bedürfnis der gegebenen Zeit geschaffenen Einzelgesetzen besteht. Im Jahre 1861 kam eine teilweise Kodifikation in den 5 Gruppen von Verbrechen umfassenden „Consolidation Acts" zustande. Der Begriff der mildernden Umstände existiert im allgemeinen nicht; aber ohnehin sind die Strafdrohungen immer nur Maxima. Keinerlei Strafzumessungsvorschriften binden den Richter in seinem Ermessen, was eine ganz natürliche Folge des Umstandes ist, daß der Richter überhaupt nicht nur das Organ der Rechtsanwendung, sondern im gewissen Sinne auch der Rechtsschöpfung ist.

Nach Rosenfeld [2]) hat das engl. Strafrecht infolge seines Mangels an begrifflicher Durchbildung und seiner Fortbildung an der Hand der Präjudizien kaum einen einzigen, klaren, übersichtlichen Tatbestand aufzuweisen, sondern bietet eine fast unglaubliche Kasuistik (30 Arten von Diebstählen, 14 Arten von Brandstiftung etc.).

Somit ist formell unser Satz hier völlig illusorisch, da ja schon der Begriff „lex" ebenso unbestimmt ist, wie es in früheren Jahrhunderten fast überall der Fall war. Wenn trotzdem de facto von einer „richterlichen Willkür" im schlechten Sinne in England nicht gesprochen werden kann, und wenn die Zulassung des Gewohnheitsrechts keine Rechtsunsicherheit der Bürger mit sich bringt, so hat das seinen Grund darin, daß der Richter dort zwar nicht Mandatar des Gesetzgebers ist, wohl aber Mandatar einer geheiligten öffentlichen Meinung, die jahrhundertlang durch keine äußeren Einflüsse in ihrer normalen Entwicklung gestört wurde. Der Richter fühlt sich stets mit dem Rechtsempfinden des Volkes innig verbunden, steht unter dessen beständiger, namentlich durch die Presse ausge-

[1]) Vgl. Rosenfeld, Strafzumessung. S. 116 ff.
[2]) Rosenfeld, Strafzumessung. S. 137 ff.

übter Kontrolle und wird sich niemals dazu hergeben, Werkzeug einer Regierung oder einer politischen Parteiströmung zu sein.

G. Japan.

Im alten japanischen Strafrecht gab es keine systematische Kodifikation im heutigen Sinne; selbst in dem wichtigsten Strafgesetz der Periode des Tokugawa-Shogunats, welche bis zum J. 1867 dauerte, in dem „Osadamegaki" (1742) gab es wenige durchdachte und erschöpfende Bestimmungen eines Deliktbegriffs, sondern meistens nur Exemplifikationen. [1]) Der Richter war nicht an die Einzelfälle der Gesetze gebunden, das Gesetz sollte ihm nur eine Anleitung sein, und es war seine Pflicht, die Analogie anzuwenden und die Strafe nach billigem Ermessen festzusetzen. Ebensowenig gelangte unser Satz zur Geltung in den ersten Strafgesetzen der „Meiji"-Periode, d. i. im „Shinritsukoryo" (1871) und im „Kaiteiritserei" (1873), welche nur das frühere einheimische Recht vervollständigen und verbessern wollten.

Erst 1882 ist in Japan ein Strafgesetzbuch (das „Keiho" vom 12./7. 1880) nach europäischem Muster in Kraft getreten; es lehnte sich an das französische Strafrecht und namentlich an dessen enge Strafrahmen und Beschränkung des richterlichen Ermessens an, berücksichtigte aber — namentlich in den Tatbeständen — auch die älteren einheimischen Rechtsanschauungen. Nach Art. 2 wurde unser Satz anerkannt und Gewohnheitsrecht und Analogie ausgeschlossen und nach Art. 3 die rückwirkende Kraft des Gesetzes nur zu Gunsten des Angeklagten angeordnet. Dieses Gesetzbuch wurde durch das neue japanische Strafgesetzbuch („Kaisei-Keiho" d. i. revidiertes Strafgesetz) vom 23. April 1907 ersetzt. In diesem neuen Gesetzbuch ist, wie weiter unten nachgewiesen werden wird, unser Satz wohl faktisch durchgeführt, aber nicht formuliert.

Der Grund, weshalb der Satz „nulla poena sine lege" nicht ausdrücklich im Strafgesetzbuch angeführt ist — wie es im Art. 2 des früheren japanischen Strafgesetzbuches der Fall war — liegt nach den Lehrbüchern des neuen japanischen Strafrechts (Modosi und Koase) darin, daß der Satz inzwischen bereits verfassungsrechtlich anerkannt worden ist. [2]).

---

[1]) Dr. Otto, Gesch. d. jap. Strafr. S. 75.
[2]) § 23 der japanischen Verfassung von 1899.

Im allgemeinen ist das SGB. von 1907 bestrebt, sich nicht an irgend ein bestimmtes fremdes Gesetz anzulehnen, sondern sich den Anforderungen der modernen europ. Strafrechtswissenschaft anzupassen; deshalb bildet es oft einen direkten Gegensatz zum „Keiho" von 1880. Durch Erweiterung der Strafrahmen ist eine große Reihe spezialisierter Tatbestände entbehrlich geworden; die knappe Fassung der Tatbestände, die generellen Vorschriften über den Rückfall (§§ 56—59), sowie über rechtmäßiges und schuldloses Tun (in § 35 und 38), das Ausscheiden aller Nebenmaterien (namentlich der Bestimmungen über Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen, sowie über Übertretungen und polizeiliche Delikte) die Vereinfachung der Strafarten, die Anwendung der Exemplifikation (so daß die ausschließliche Enumeration nur in vereinzelten Fällen sich findet, z. B. in den §§ 108, 109, 118, 134 u. a.) bewirkten, daß die Zahl der Paragraphen, welche im „Keiho" noch 430 betrug, jetzt auf kurz gefaßte 264 gesunken ist.

Nach der Behauptung des Übersetzers Shigema Oba [1]) ist dieses Gesetzbuch durch eine bis zur äußersten Konsequenz durchgeführte Erweiterung des freien Ermessens des Richters ausgezeichnet; damit allein würde schon an dem Satze „nulla poena sine lege" gerüttelt sein.

Die Behauptung von Oba ist indes irrig wie Rosenfeld [2]) und Otto [3]) nachweisen.

Es gibt zwar eine Reihe von Fällen gesetzlicher Milderungsbefugnis in den §§ 5, 36 (Abs. 2), 37 (Satz 2), 38 (Abs. 2), 39 (Satz 2), 42, 43 und außerdem weitere im besonderen Teile des Gesetzes, und daneben sogenannte Milderung nach freiem Ermessen (§§ 66 und 67) aber dieses richterliche Ermessen, welches sehr frei ist in der Bestimmung, ob und wenn eine Strafe gemildert werden soll, ist bei Feststellung der gemilderten Strafe ebenso eng gebunden, wie im Falle gesetzlicher Milderungsgründe. Es kann nicht weiter als bis zur Hälfte des speziellen Minimums (§§ 68 und 71) herabgegangen werden; auch der Übergang von Freiheits- zur Geldstrafe ist nicht gestattet. Eine spezielle Anweisung an den Richter, die Gesinnung bei der Wahl der Strafart zu berücksichtigen, finden wir in dem Gesetze nicht, wie ja überhaupt jede gesetzliche Anleitung für Strafzumessung fehlt.

---

[1]) Z. f. g. Strafrechtswissenschaft. Bd. 28. S. 211.
[2]) Rosenfeld, Strafzumessung. S. 121/2.
[3]) Dr. Otto, Jap. Strafr. S. 147/8.

Nach § 57 ist bei Rückfall das Doppelte des Maximums der normalen Strafe zulässig, und nach § 47 bei Zusammentreffen von Verbrechen das um die Hälfte erhöhte Maximum der für das schwerste der betreffenden Verbrechen angedrohten Strafen. § 72 gibt dem Richter — nach Muster des italienischen Strafgesetzbuches von 1889 — eine Anleitung für gleichzeitige Schärfung und Milderung der Strafe.

Und so ergibt sich als Resultat, daß der Gesetzgeber keinesfalls den Forderungen der „modernen Schule" zu große Konzessionen gemacht hat, wie es auf den ersten Blick den Anschein haben könnte und von verschiedenen Seiten behauptet wird; und daß dies Gesetzbuch den Anforderungen unseres Satzes nach Möglichkeit entspricht; bloß in manchen Fällen bewirkt — gegen den Willen des Gesetzgebers — eine zu knappe Fassung der Tatbestände eine allzu ängstliche Vermeidung juristischer Definitionen und die Aufstellung des reinen Begriffes der Handlung als Tatbestand (z. B. „Stehlen" in § 235), daß der Richter souverän über die Feststellung des staatlichen Strafanspruchs zu entscheiden hat [1]).

Bezüglich der Rückwirkung ist im § 6 bestimmt, daß, wenn die Strafe durch ein, nach Begehung eines Verbrechens erlassenes Gesetz geändert worden ist, das mildere Gesetz Anwendung findet.

[1]) Dr. Otto, Gesch. d. jap. Strafr. S. 145.

III. Dogmatischer Inhalt und legislativ-politische Rechtfertigung des Satzes „nulla poena sine lege."

Bevor wir zur Klarlegung der vollen Tragweite unseres Satzes übergehen, müssen wir die Bedeutung der darin vorvorkommenden Begriffe „lex" und „poena" präzisieren, denn diese Bedeutung ist nicht immer die gleiche gewesen, und auch heute herrscht in dieser Hinsicht noch keine Übereinstimmung auf dem Gebiet der Strafrechtswissenschaft. Da wir aber der Ansicht sind, daß dieser Satz ein leitendes Prinzip für das ganze Gebiet des Strafrechts bilden muß, müssen wir diesen Begriffen einen klar umschriebenen Inhalt geben, denn sonst bleibt unser ganzer Satz eine Formel mit schwankendem Inhalt ohne jede praktische Bedeutung.

„Gesetz im allgemeinen ist nach Binding (Grundr. S. 64) „der durch ausdrückliche Satzung erklärte Rechtsgedanke und Rechtswille der Rechtsquelle". Also „lex" im Sinne unseres Satzes und der angeführten Definition bedeutet einen geschriebenen, vom Gesetzgeber oder von zuständigen Behörden auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassenen und gehörig verkündeten Strafrechtssatz.

Binding behauptet aber (Handbuch I S. 29, 159 und 201), daß alles Gesetzrecht in eine große Zahl von Rechtssätzen eingebettet ist, die der Gesetzesform entbehren; jedes Strafgesetz hat die seinem Tatbestande zu Grunde liegende Norm, d. i. das Verbot oder Gebot von Handlungen zur notwendigen Voraussetzung, und falls diese Norm im Gesetze nicht ausdrücklich formuliert ist, wird sie aus dem Tatbestande des Strafgesetzes durch Verwandlung seines ersten Teils, d. i. des Grundes der Strafdrohung, der Bezeichnung der normwidrigen Handlung, in ein Verbot oder Gebot erkannt. Viele Normen — sagt Binding weiter — bedürfen einer gesetzlichen Formulierung gar nicht, weil sie als Erbschaft von Jahrtausenden jedermann geläufig sind; wo sie aber in gesetzlicher Form auftreten, finden sie ihre Stelle nicht in den Strafgesetzen, sondern in den Verfassungen, in Verwaltungsgesetzen usw., und sie sind nie Teile der Strafgesetze und nie Sätze des Strafrechts (Handbuch I S. 162). Demnach ist das Straf-

gesetz nur akzessorischer Natur, von den, meist ungesetzten Normen abhängig, und nur durch deren Erkennen gewinnt man eine Handhabe für die richtige Auslegung des Gesetzes.

Da nun nach der Binding'schen Normaltheorie das ungesetzte Recht, d. i. die Normen, eine unbedingt notwendige Voraussetzung des geschriebenen Gesetzes bilden und unser Satz nur geschriebene Rechtssätze anerkennt, würde eigentlich jedes Strafgesetz, welches keine ausdrücklich formulierte Norm, — welche die im Tatbestande enthaltende Handlung für rechtswidrig erklärt — enthält, beim konsequenten Festhalten an unserem Satze undurchführbar sein (vgl. Frank, Strafgesetzbuch S. 11 Abs. 3). Diese Schwierigkeit ist nur auf diese Weise zu lösen, wie es Frank (Straf-GB. S. 13) tut, dass jede Norm, die im Wege der Interpretation aus dem Strafgesetz zu erkennen ist, als dessen Bestandteil betrachtet wird. Nach Wach (Legisl. Technik S. 47) tritt die Norm d. i. das praeceptum legis in hypothetischer Form auf, z. B. „wer . . . tötet, wird . . . bestraft"; das Verbot ist durch die, an die Hypothesis geknüpfte reprobierende Strafdrohung indirekt ausgesprochen und das Ganze auflösbar in die hieraus zu abstrahierende Norm und den Folgesatz: „wer sie (die Norm) übertritt, wird bestraft." Demnach kann die strafrechtliche Norm nicht als ein außerhalb des Strafgesetzes existierendes ungesetztes Recht betrachtet werden. Für uns bildet also die Norm und die Strafdrohung etwas Einheitliches — die „lex". Falls aber irgend ein Gesetz nur die Norm enthält und ein anderes, als sog. Blankettstrafgesetz die hierauf bezügliche Strafdrohung, dann bilden eben beide zusammen für uns eine einzige „lex"

Diejenigen wissenschaftlichen Theorien des 17. und 18. Jahrhunderts, welche „lex" in naturrechtlichem Sinne als ungesetzte Norm auffaßten, kommen für unseren Satz gar nicht in Betracht, und Pufendorf kann trotz seines Ausspruchs [1]); „. . . ubi non sit lex, ibi nec poenam . . . inveniri" nicht als Bahnbrecher des Satzes „nulla poena sine lege" in dessen heutiger Bedeutung angesehen werden.

Im Abschnitt I unserer Abhandlung wurde bereits der Nachweis geliefert, daß eben die Erkenntnis, daß die Anerkennung des unbestimmten und widerspruchsvollen Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete des Strafrechts die schlimmsten Folgen nach sich gezogen hat, zur Forderung der ausschließlichen Geltung des geschriebenen Strafgesetzes und zur Auf-

[1]) Pufendorf, De iure naturae et gentium 1671. lib. VIII. cap. 3, § XVI.

stellung unseres Satzes in diesem eingeengten Sinne geführt hat. Nur dann kann der Begriff „lex“ feste Umrisse erhalten, wenn man unter schriftlicher „lex“ das Gewohnheitsrecht nicht mit versteht.

Soweit allerdings auf anderen Rechtsgebieten Gewohnheitsrecht gilt, kann das mittelbar auch für das Strafrecht von Bedeutung werden, indem z. B. bestimmte Begriffe sich im Laufe der Zeit herausbilden können, welche auch strafrechtlich für die Entscheidung von Tatbestandsfragen von Belang sind.

Die von Binding [1]) angeführte Art des Gewohnheitsrechts in Form stillschweigender Duldung des Gerichtsgebrauchs durch den Gesetzgeber steht nur dann mit unserem Satz in Widerspruch, wenn es sich um Pönalisierung von Handlungen, die nicht im Strafgesetz vorgesehen sind, handelt; die Streitfrage betreffs die Zulässigkeit der Aufhebung eines Strafgesetzes durch „desuetudo“, also die derogierende Funktion des Gewohnheitsrechts steht mit unserer Abhandlung in keiner Beziehung, denn unser Satz hat, schon seinem Wortlaute nach, die Beschränkung der Willkür der Richter nur in der Verhängung von Strafen, nicht aber in der Strafloserklärung zur Aufgabe.

Zu dem ungesetzten Rechte rechnet Binding auch die Analogie, d. i. die Entdeckung latenter Rechtssätze. Der Richter findet aus einem Gesetze oder einer Mehrheit von Gesetzen heraus, daß der darin enthaltene Rechtssatz nur die einzelne Anwendung eines höheren Prinzips ist, welches der Gesetzgeber als Ganzes und nicht bloß in einer einzelnen Konsequenz hat anerkennen wollen; und somit wendet der Richter auch den, vom gegebenen Rechtssatze per analogiam gefundenen Bruder- und Schwesternrechtssatz an [2]). Binding fordert [3]) die Zulassung der Analogie im Strafrechte, da sie an den Rechtssätzen, deren so wohltätige Fähigkeit eines kräftigen organischen Wachstums ohne weiteres Zutun der Gesetzgebung enthüllt, die Lücken des Gesetzrechts ausfüllt und es unmöglich macht, daß manchmal schwere Missetaten, bloß in Ermangelung des Gesetzesbuchstabens zum Nachteil der Interessen der Gemeinheit straflos gelassen werden müssen. Nun stellt aber Binding [4]) selbst fest, daß diese „latenten

---

[1]) Binding, Handb. I. S. 210
[2]) Grundr. S. 66.
[3]) Binding, Handbuch I. S. 28 u. 222.
[4]) Binding, Handbuch I. S. 262.

Rechtssätze“ dem Gesetzesrecht, welches sichtbares Recht sein will, nicht angehören, und hält unsern Satz deshalb für unberechtigt, weil er eine falsche, Norm und Strafgesetz nicht auseinanderhaltende Auffassung des Strafgesetzes zur Wurzel hat und durch Ausschließung der Analogie der strafrechtlichen Wissenschaft eine unwürdige Fessel auferlegt [1]).

Es muß von vornherein erklärt werden, daß dasjenige, was oben über die Zulässigkeit des Gewohnheitsrechts gesagt wurde, sich auf die Analogie bezieht: unser Satz verbietet nur die Analogie zwecks Pönalisierung einer Handlung, beeinflußt aber nicht die Anwendung der Analogie zu anderen Zwecken. Warum diese Einschränkung der Analogie und somit die volle Geltung des Satzes „nulla poena sine lege“ von legislativ-politischem Standpunkt gerechtfertigt ist, wird später erörtert werden.

Nachdem wir durch obige Analyse dem Begriff „lex“ feste Grenzen gegeben haben, gehen wir zum Begriff „poena“ über.

Hierfür akzeptieren wir die Definition Meyer-Allfeld [2]) als „Übel, durch dessen Verhängung der Staat für eine schuldhafte Verletzung der Rechtsordnung dem Täter gegenüber Vergeltung übt“; die Vergeltung ist also begriffswesentliches Merkmal der Strafe. Als „Vergeltung“ betrachten wir die der verbrecherischen Handlung angemessene, gerechte Reaktion des Staates gegen den Verbrecher; „Gerechtigkeit“ ist die Herstellung eines rechtlichen, unserem Rechtsgefühl entsprechenden Gleichmaßes zwischen Verbrechen und Strafe. Durch die Annahme dieser Definitionen stellen wir uns auf den Standpunkt der sog. Vergeltungstheorie im Strafrecht und wollen nun beweisen, daß dieselbe in einem so innigen Zusammenhange mit unserem Satze steht, daß der letztere ohne sie faktisch aufgegeben werden müßte. Natürlich haben wir da nicht die längst von der Wissenschaft aufgegebenen absoluten Vergeltungstheorien im Auge, sondern eine solche, die neben der Vergeltung als Hauptzweck auch alle anderen Postulate des heutigen Rechtsempfindens und sozialen Lebens entsprechend berücksichtigt, also gewissermaßen schon eine Vereinigungstheorie ist.

Sowohl die Vergeltungstheorie, wie auch alle anderen strafrechtlichen Theorien wollen das Verhältnis der „lex“ zur „poena“ ergründen und die Frage beantworten, was die „lex“ bezwecke, wenn sie eine „poena“ androht. Erst die kritische

[1]) Binding, Handbuch I. S. 27, 28.
[2]) Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 5.

Würdigung dieser anderen Theorien kann zeigen, inwiefern sie einen anderen Begriff der „poena" aufstellen, als es der oben angeführte ist, und mit unserem Satze unvereinbar sind.

Eine Übersicht aller Strafrechtstheorien zu geben, würde über den Rahmen unserer Abhandlung hinausgehen; die meisten sind — wie Binding [1]) richtig bemerkt, — Theorien nicht der wirklichen, sondern einer imaginären Strafe in einer idealen Rechtsordnung und bemühen sich gar nicht, den Erscheinungen des wirklichen Rechtslebens gerecht zu werden. Außerdem gehören sie meistens der Vergangenheit an und haben für die Gegenwart keine praktische Bedeutung. Deshalb beschränken wir uns auf diejenigen zwei Hauptrichtungen, welche (nach Meyer-Allfeld [2]) nach der Einleitung zur „Begründung" des deutschen Vorentwurfs) in der gegenwärtigen Strafrechtswissenschaft einander gegenüberstehen: die eine hält an dem Vergeltungscharakter der Strafe fest (klassische Richtung), die andere faßt die Strafe ausschließlich oder wenigstens in erster Linie als Mittel dazu auf, durch Verhütung der Verbrechen in der Zukunft die Gesellschaft zu schützen (moderne, positive Richtung, welche sowohl die kriminal-anthropologische wie die kriminal-soziologische Schule umfaßt).

Was nun den Strafzweck betrifft, so behauptet Birkmeyer, einer der heutigen Vertreter der klassischen Richtung, die Vergeltung gehöre nicht nur zum Wesen der Strafe, sondern sei auch ihr Zweck (Strafe und sichernde Maßnahmen S. 18 ff.) Allfeld dagegen meint, daß der Zweck der Strafe außerhalb dieses ihres begriffswesentlichen Merkmals zu suchen sei, er könne nicht wieder in der Vergeltung bestehen [3]).

Diese rein theoretische Kontroverse hätte nur dann ausschlaggebende praktische Bedeutung, falls Birkmeyer auf dem einseitigen Standpunkt einer absoluten Vergeltungstheorie stehen würde; aber in der Wirklichkeit stehen sowohl Birkmeyer als Allfeld auf dem Standpunkt einer richtig erfaßten und die Bedürfnisse des realen Lebens berücksichtigen den Vergeltungstheorie, welche innerhalb des Rahmens einer gerechten Vergeltung noch verschiedene Nebenzwecke der Strafe gelten läßt, also im gewissem Sinne schon als eine Vereinigungstheorie bezeichnet werden kann (punitur quia peccatum est et ne peccetur). Birkmeyer [4]) erklärt sich selber als Anhänger

[1]) Binding, Grundr. S. 163.
[2]) Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 32 u. Einl. zur Begründ. d. deut. Vorentwurfs. S. X.
[3]) Lehrb. S. 6.
[4]) Birkmeyer, Beitr. S. 48, 49.

einer Vereinigungstheorie, die vom Vergeltungszweck der Strafe ausgeht, aber daneben auch die übrigen Strafzwecke tunlichst berücksichtigen will.

Als Vertreter der klassischen Schule bekämpft nun Meyer-Allfeld [1]) sowohl die kriminal-anthropologische Schule, — deren heutige Vertreter sich von der einseitigen Betonung der biologischen Seite des Verbrechens fernhalten und sich der soziologischen Schule nähern, — wie auch die soziologische Schule, welche in dem Verbrechen ein bloßes Symptom einer antisozialen Gesinnung und in der Strafe ein Schutzmittel der Gesellschaft erblickt, das ohne Rücksicht auf die Schwere der begangenen Übeltat nur dem Grade der Gefährlichkeit des Täters angepaßt wird und womit entweder seiner schädlichen Gesinnung entgegengewirkt oder durch Besserung, Abschreckung oder Unschädlichmachung des Verbrechers die Gesellschaft geschützt werden soll.

Diese Verbrechensauffassung würde dazu führen, die Strafe ganz zu beseitigen und durch andere Mittel zu ersetzen. Denn sobald das Übel, das zum Zwecke der Besserung etc. verhängt wird, nach dem bemessen wird, was von der Person des Täters künftig zu erwarten ist, und das Verhältnis zur begangenen Tat außer Betracht bleibt, dann hört die angewendete Maßregel auf zu sein, was man unter Strafe versteht, nämlich Vergeltung einer geschehenen üblen Handlung mit entsprechendem Übel.

Ebenso scharf wendet sich Binding gegen die bedenklichen und bedauerlichen soziologischen Modeströmungen, welche in verschiedener Form die geschichtlich begründete Auffassung des Verbrechens und überhaupt des Strafrechts bebefehden [2]); die von Liszt geforderte Teilung der Verbrecher in Gruppen (Gelegenheitsverbrecher, angehende Zustandsverbrecher und Gewohnheitsverbrecher) und die diesen entsprechende Differenzierung der Strafzwecke (Abschreckung, Besserung resp. Unschädlichmachung) bewirkt, daß drei ganz verschiedene Maßnahmen als Strafe bezeichnet werden und somit der eigentliche Strafbegriff fällt [3]).

Der Fehler der soziologischen Schule besteht in der Vermischung von zwei Gebieten der Wissenschaft: des Strafrechts und der Kriminalpolitik, und infolgedessen auch Vermischung der Begriffe „Strafe“ und „Sicherungsmaßregel“-

---

[1]) Meyer-Allfeld. Lehrb. S. 8.
[2]) Grundriß. Vorbemerkung S. VI.
[3]) Grundriß. S. 166.

Finger [1]) sucht die Gebiete des Strafrechts und der Kriminalpolitik folgenderweise von einander zu sondern: Das Strafrecht erklärt gewisse Geschehnisse für strafbar, das Verbrechen ist hier eine juristische Tatsache, an welche die Strafe als Rechtsfolge geknüpft ist; die Kriminalpolitik hingegen erörtert die das Verbrechen als soziale Erscheinung erzeugenden individuellen und sozialen Faktoren und die möglichen Arten seiner Bekämpfung. Nun geben wir wohl zu, daß ein zielbewußtes modernes Strafrecht die Ergebnisse der Kriminalpolitik nicht außer acht lassen darf, aber die Kriminalpolitik, die ja ihrer Natur nach individualisierend sein muß, kann nur als Material für den Gesetzgeber, welcher allgemeine, typische Begriffe aufstellen muß, in Betracht kommen; insoweit hat Finger recht, wenn er behauptet, daß die in Form des Rechtes gekleideten Erfahrungssätze der Kriminalpolitik das Strafrecht bilden, denn das Strafrecht soll ja nicht „graue Theorie" sein, sondern auf eingehendster Kenntnis des realen Lebens basiert sein. Wir müssen hierbei berücksichtigen, daß die Begriffe „Vergeltung" und „Gerechtigkeit" nicht konstant sind, sondern je nach der Kulturstufe eines Volkes und dessen Fortschritt sich ändern; und nur diejenige Strafe kann heute als gerecht betrachtet werden, welche dem heutigen allgemeinen Rechtsgefühl und den heutigen Lebensbedürfnissen entspricht. Daraus folgt noch nicht, daß der Gesetzgeber gleich jeder allzu radikalen Strömung in der Bevölkerung, die oft nur etwas Vorübergehendes ist, Konzessionen machen oder sogar dem wirklich empfundenen Bedürfnis nach Änderungen der Gesetze voraneilen soll. Den besten Beweis, daß dem heutigen allgemeinen Rechtsempfinden noch immer nur die Vergeltungsstrafe entspricht, sehen wir darin, daß dort, wo die Strafgesetzgebung in dieser Hinsicht nicht eine das Volk befriedigende Genugtuung bietet, das Volk im Wege der Selbsthilfe zur Vergeltung — und dies oft in der ursprünglichen, barbarischen Form — schreitet (Lynchjustiz in Amerika). Es ist da nicht zu leugnen, daß Kriminalpolitik und Strafrecht manches Gemeinsame miteinander haben, daß namentlich das Strafrecht auch den Schutz der Gesellschaft vor dem Verbrechertum im Auge hat, aber die Maßregeln, wodurch dieser Schutz bewirkt wird, sind ganz verschieden. Das Strafgesetz bestimmt Strafen als Repression für begangene Handlungen und hierdurch kann es mittelbar auch derartigen Handlungen in der Zukunft, namentlich durch die abschreckende Wirkung der Strafdrohung oder des Straf-

[1]) Finger, Lehrb. S. 2 ff.

vollzuges, vorbeugen; hingegen die Kriminalpolitik bezweckt direkt Prävention gegen künftige strafbare Handlungen und verlangt im Interesse des Schutzes der Gesellschaft Sicherungsmaßregeln nicht nur gegen diejenigen, die bereits die Rechtsordnung verletzt haben, sondern auch gegen alle diejenigen, von deren Seite man eine solche Verletzung in der Zukunft erwarten kann. Auch die „klassische Schule", welche konsequent auf dem Boden der Vergeltungstheorie steht, gibt zu, daß präventive Sicherungsmaßregeln gegen gemeingefährliche Personen dort zweckmäßig und wünschenswert sind, wo keine Voraussetzungen der Strafbarkeit im Sinne einer Vergeltung vorliegen (z. B. bei verwahrlosten Jugendlichen etc.) aber solche Massnahmen sind keine Aufgaben des Strafrechts und durch deren Bezeichnung als „Strafen" würde der eigentliche Strafbegriff ganz verwischt werden. Ebensowenig ist die Aufgabe des Strafrechts oder der Strafrechtswissenschaft, die Besserung solcher sozialen Zustände zu bewirken, die der Ausbreitung des Verbrechertums Vorschub leisten, gewiß ist dieses Problem sehr wichtig, aber dessen Lösung muß nach dem Prinzip der Arbeitsteilung von anderen Wissenschaften und von anderen staatlichen Organen, nicht aber von dem Strafrichter unternommen werden.

Richtig bemerkt Nagler [1]), daß ein präventives Strafrecht ein Widerspruch in sich selbst wäre. Für die Vergeltungstheorie kommt auch die Gefährlichkeit des Verbrechens in Betracht, aber nur insofern sie sich in einer schuldhaften strafbaren Handlung manifestiert; hingegen für die moderne „soziologische Schule", die sich einseitig auf den Boden der Kriminalpolitik stellt und diese an die Stelle des Strafrechts setzen möchte, ist die strafbare Tat etwas Nebensächliches, denn das Ausschlaggebende ist für sie die Gefährlichkeit eines Individuums, dessen antisoziale Gesinnung an und für sich. Als Hauptrepräsentant dieser Schule ist, nach Birkmeyers Ansicht, v. Liszt zu betrachten, und dem Vergeltungsstrafrecht setzt Birkmeyer [2]) Liszt's „Gesinnungsstrafrecht" entgegen. In seiner Abhandlung „Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig" sagt Birkmeyer [3]): „Zunächst läßt Liszt eine jämmerliche Ruine übrig, für deren gänzlichen Zusammenbruch er selbst in einer Weise vorgearbeitet hat, daß wir auf obige Frage auch antworten können: So gut wie nichts".

---

[1]) Nagler, Verbrechensprophylaxe. S. 212.
[2]) Birkmeyer, Beitr. z. Kritik. S. 22.
[3]) Birkmeyer. S. 93.

Wenn wir diesen Kampf zwischen der klassischen und der modernen Schule so viel Raum in unserer Abhandlung widmen, so geschieht es deshalb, weil unserer Meinung nach mit der klassischen Schule auch unser Satz steht und fällt.

Wir haben schon hervorgehoben, daß wir unter „poena" die gerechte Vergeltung einer schuldhaften Verletzung der Rechtsordnung verstehen.

Im Wesen der Strafe liegt, daß sie zum üblen Verhalten in einem gewissen Verhältnis steht, daß also mit dem über den Täter verhängten Übel für das von ihm verursachte Übel Vergeltung geübt wird. Hugo Grotius definiert: poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis (de jure belli ac pacis II c 20).

Steht nun die in der Bestrafung liegende Zufügung eines Übels in notwendiger Beziehung zu der verbrecherischen Tat, so muß auch das Maß des zugefügten Übels in engster Beziehung zu dem Maße des angerichteten Übels stehen.

Ist das Verbrechen der Rechtsgrund der Strafe und letztere die Rechtsfolge des Verbrechens, so muß die Strafe bezüglich ihrer Schwere dem Verbrechen entsprechen. Läßt sich das auch nicht positiv ganz verwirklichen, so doch in negativer Beziehung, d. h. die zu verhängenden Strafen dürfen nicht in einem Mißverhältnisse zur kriminellen Schuld stehen. Das Leiden, das der Verurteilte wegen seiner Tat und mithin seiner Schuld zu erdulden hat, darf im Verhältnis zum Verbrechen weder ein ganz geringes, noch ein überaus schweres sein, also keine wirklichen Ungerechtigkeiten enthalten [1]).

Schmidt (Aufgaben der Strafrechtspflege) sagt Seite 251 ff.: „In der Erkenntnis des Grundsatzes, daß die Tat, einmal begangen, auch die gesetzlichen Rechtsfolgen der Strafe mit Notwendigkeit nach sich ziehen muß, war auch schon das Maßprinzip enthalten. Es ergab sich daraus, daß allein der Grad der Gefährlichkeit **einer Handlung** das Prinzip sein könne, nach welchem die gesetzliche Strafe bestimmt wird und daß eben das Prinzip, nach welchem der Gesetzgeber urteilt, auch das Prinzip des richterlichen Urteils bei unbestimmten Strafgesetzen sein muß." Und Schmidt betrachtet deshalb das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 als nachahmenswertes Muster, weil dort das Strafensystem unter haushälterischer Verwertung der gegebenen Mittel mit einem höchst erfinderischen Scharfsinn in einer langen Stufenleiter von Strafformen entwickelt war, deren jede von der anderen scharf und cha-

[1]) Wach, die Reform der Freiheitsstrafe. S. 43.

rakteristisch geschieden und doch jede für sich wieder einer großen Zahl von Variationen fähig war und die Möglichkeiten verschiedener Bewertung der Tat in außerordentlicher Fülle darbot.

Birkmeyer [1]) faßt den Inhalt des Vergeltungsstrafrechts in 3 Sätzen zusammen: 1) Keine Strafe ohne Schuld 2) wo die vom Gesetze verlangte Schuld gegeben ist, da muß auch gestraft werden, 3) die Strafe muß der Schuld porportional sein Die Konsequenzen ad 1 und 3 müssen notwendigerweise auch aus den Ausführungen der gemäßigteren Vertreter der soziologischen Strafrechtstheorie schließen, daß sie ebenfalls unseren Satz als notwendig anerkennen und auch das Postulat einer Proportionalität aufstellen, aber in der Wirklichkeit wird bei ihnen die „lex" zu einem Schattendasein verurteilt (denn die faktische „lex" ist das fast unbegrenzte Ermessen des Richters), die „poena" ist nur eine Schutzmaßregel der Gesellschaft, die höchstens der verbrecherischen Gesinnung des Individuums, aber nicht seiner schuldhaften Handlung porportional ist, und somit verliert unser Satz faktisch jede Bedeutung. Birkmeyer (Was läßt Liszt . . . . S. 2, 3, 86) führt zwar Liszt's Anschauung an, daß die Fortdauer des Strafrechts eine politische Notwendigkeit sei, daß der Gesetzgeber „um der überlieferten rechtlichsittlichen Anschauungen des Volkes willen das Opfer besserer wissenschaftlicher Überzeugung" bringen müsse: er zeigt aber zugleich, daß die moderne Schule das „gefährliche" Individuum eigentlich immer schon vorher strafen möchte, bevor es irgendeine strafbare Handlung begangen hat. Eine solche „Strafe", bei der die enge Beziehung zu einem schuldhaften Verhalten fehlt, ist von unserem Standpunkte aus keine Strafe, sondern nur eine sichernde Maßnahme. Dort, wo keine Schuld im strafrechtlichen Sinne vorliegt, wo z. B. die psychische Beschaffenheit des Täters es nicht erlaubt, ihn für sein Tun verantwortlich zu machen, müssen wohl Sicherungsmaßregeln angewandt werden (z. B. Zwangskuren für Alkoholiker, Fürsorgeerziehung, Zwangsarbeitshäuser), aber sie sollen dann nicht den Charakter eines Strafübels haben, denn der Staat will hier nur erziehen, heilen, retten und, wo keine Rettung mehr möglich ist, unschädlich machen, aber nicht vergelten, d. i. strafen.

Von seiten der „Modernen" wird der Vergeltungstheorie vorgeworfen, daß Schuld und Strafe eigentlich inkommensurable Begriffe seien und die Höhe der „Schuld" sich ja nicht ma-

[1]) Birkmeyer, Beitr. z. Kritik. S. 9.

thematisch abmessen lasse. Wir haben nun schon früher zugegeben, daß das Prinzip einer vollkommen exakten Ausgleichung von Strafe und Schuld unerfüllbar sei, aber als Regulativ ist es ungemein wichtig und durch nichts anderes zu ersetzen. Die Höhe der Schuld ergibt sich aus der Wichtigkeit des verletzten Rechtsgutes, — dessen größerer oder geringerer Wert im Wege der geschichtlichen Entwicklung und der Erfahrung herausgefunden wurde, — und aus der Intensität, mit welcher der Verbrecher die Verletzung bewußt anstrebt. Der Gesetzgeber kann natürlich nur typische Fälle aufstellen und nicht alle möglichen Eventualitäten voraussehen; deshalb muß man auch vom Standpunkte der Vergeltungsstrafe das Prinzip anerkennen, daß dem Richter innerhalb gewisser, fest bestimmter Grenzen, d. i. der gesetzlichen Strafrahmen, die Möglichkeit geboten werden soll, die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Aber das richterliche Ermessen darf nicht allzuweit gehen, und der Richter soll nach Möglichkeit an das Gesetz gebunden sein.

Nagler [1]) sagt: „Wenn irgend eine Disziplin fester, genau abgegrenzter und in sich ausgeglichener, der Willkür des Richters steuernder Begriffe bedarf, so ist es das Strafrecht".

In Bezug auf unseren Satz offenbart sich nun der Unterschied zwischen der klassischen und modernen Schule am stärksten darin, daß die letztere unseren Satz unbedingt notwendige Grenzbestimmung zwischen der Rechtsschöpfung (also der „lex") und der Rechtsanwendung, zwischen dem Gegeber und dem Richter verwischt. Auch unser Satz will den Richter nicht zu einem willenlosen Werkzeug des Gesetzgebers herabdrücken, wie es als mißverstandene Reaktion gegen die grenzenlose Richterwillkür in Frankreich von Montesquieu u. a. gefordert wurde, aber dieser Satz läßt es nicht zu, daß der Richter an die Stelle der „lex" gesetzt werde. Unser Satz, wenn er richtig verstanden wird, gestattet, nicht nur die logische Interpretation des Gesetzes seitens des Richters, sondern er fordert sie sogar von ihm, denn das Ausschlaggebende ist der Wille des Gesetzgebers und nicht der manchmal ungeschickte und unklare Ausdruck des Gesetzes. Ein sklavisches Befolgen des Buchstabens des Gesetzes könnte oft die lateinische Parömie rechfertigen „summum jus, summa injuria". Wenn ein Strafgesetzbuch, wie z. B. das geltende

[1]) Nagler, Verbrechensprophylaxe. S. 210.

österreichische, zur Zeit des absolutistischen Polizeistaates entstanden ist und der Gesetzgeber dann wohl das Strafgesetzbuch selbst nicht geändert, aber in nachfolgenden Verfassungsgesetzen klar seinen Willen gezeigt hat, das Verhältnis von Staat und Untertan anders zu gestalten und die Grenzen der politischen Freiheit weiter zu ziehen, dann muß der Richter bei der Beurteilung der sogen. politischen Verbrechen den jetzigen Willen des Gesetzgebers zugrunde legen und nicht denjenigen, der im Strafgesetz dem Buchstaben nach ursprünglich ausgedrückt war. Der Richter kann durch logische Auslegung die Fehler des Ausdruckes des Gesetzgebers, aber nicht die Lücken seines Willens berichtigen; hierbei soll ihm nicht nur einschränkende, restriktive Auslegung gestattet sein, sondern auch ausdehnende, extensive, wenn der Sinn des Gesetzes über den Ausdruck hinausgeht. Als allgemein angenommener Grundsatz ist hier zu beachten „in dubio mitius", denn jede belastende und beschränkende Maßregel muß voll begründet sein, um zur Anwendung zu kommen. Aber jedenfalls darf die extensive Interpretation nicht so weit gehen, daß Fälle, die im Gesetze gar nicht vorgesehen sind, mit unter das Gesetz gestellt werden, denn das wäre schon Analogie, die, — wie wir später beweisen werden — unser Satz nicht zuläßt.

Das Strafrecht ist ein Zweig der Rechtswissenschaft, deshalb kommt für seine Deutung als Mittel nur die juristische Auslegung in Betracht. Dagegen hat hierbei außer Betracht zu bleiben jede metaphysische und soziologische Betrachtung des Strafrechtes. Ausgangspunkte für die Interpretation kann nur das Strafgesetz selbst sein. Die Gesetze wenden sich an den der Strafgewalt Unterworfenen und sagen ihm, was er bei Strafe zu vermeiden hat, und welche Strafe ihm im Übertretungsfalle erwartet. Der Einzelne erhält Kenntnis von dem Strafgesetze und muß sich darnach richten, andererseits erfordert die Rechtssicherheit des Einzelnen, daß auch der Richter sich strenge an die im Gesetze ausgedrückte Weisung, wie er die strafbare Handlung zu beurteilen hat, halte.

Wenn der Richter eine Strafe ausspricht, so tut er es nicht als Einzelperson, sondern als Repräsentant der staatlichen Strafgewalt; deshalb muß seine subjektive Anschauung in den Hintergrund treten. Freilich können auch Erwägungen ethischer und kriminalpolitischer Natur im Urteil zur Geltung kommen. Aber niemals darf das in einem Grade geschehen, daß der Richter seine unparteiische Stellung verläßt und jenen Erwägungen die Herrschaft einseitig einräumt, und nie-

mals darf hierbei der Richter den ihm vom Gesetzgeber gegebenen freien Spielraum überschreiten.

Es ist streng auseinander zu halten der Zweck der allgemeinen Strafbestimmung und der Grund der Bestrafung im einzelnen Falle. Der Staat erläßt die Strafgesetze, um diejenigen Rechtsgüter zu schützen, deren Schutz durch Strafen er im Interesse der Rechtsordnung für notwendig hält. Dieser Schutz bildet den legislativen Grund für die Strafe, und wir haben schon früher angedeutet, inwiefern der Gesetzgeber hierbei die Forderungen einer auf Erfahrung ruhenden Kriminalpolitik berücksichtigen soll.

Der Richter dagegen erkennt nur nach dem erlassenen Gesetz. Die Gründe, auf welchen es beruht, z. B. der Zweck des Schutzes, der Besserung etc., sind für ihn nur insoweit vorhanden, als sie bei der Auslegung des bestehenden Rechtes zu berücksichtigen sind. Für ihn sind Verbrechen und Strafe Rechtsbegriffe: ersteres ist der Rechtsgrund, letztere die Rechtsfolge; und nur insoweit bei der Anwendung im einzelnen Fall das Gesetz durch die Weite des Strafrahmens den Richter ermöglicht, persönliche und soziale Verhältnisse des Täters im Interesse einer gerechten und zweckmäßigen Bestrafung zu berücksichtigen, kann es der Richter tun.

Starre, absolut bestimmte Strafen, die dem Richter gar keine Möglichkeit gewähren würden, die besonderen Umstände des Einzelfalles, den Beweggrund, das Vorleben, die Intelligenz des Täters usw., zu berücksichtigen, könnten sich oft als ungerecht erweisen. Der Gesetzgeber kann das Maß der gerechten Vergeltungsstrafe nicht absolut, nicht mathematisch genau, sondern nur annähernd nach der Größe des Verbrechens bestimmen, wie Merkel (Lehrb. S. 198) treffend bemerkt; die genaue Berechnung muß er dem Richter überlassen, und dieser kann dann innerhalb der vom Gesetzgeber bestimmten Strafrahmen (sowohl der Normal- wie der Sonderstrafrahmen) neben dem Vergeltungszweck als Hauptzweck auch andere Nebenzwecke der Strafe berücksichtigen.

Mit dem Erfordernis der Porportionalität zwischen Strafe und Schuld wird im Vergeltungsstrafrecht an den Strafrichter die Forderung gestellt, daß er durch seinen Strafausspruch das, was der Verbrecher getan und gewollt hat, auch richtig bewerte im Einklang mit den im Volke herrschenden Werturteilen.

Den Maßstab der Strafzumessung im Einzelfalle bildet nun für den Vertreter der Schutzstrafe, also für die „moderne" Schule nicht die verbrecherische Tat selbst, sondern

die Gesinnung und der Charakter des Verbrechers **in ihrer Totalität** und je nach deren antisozialer Intensität muß die Strafe ihrer Art und ihrem Maße nach bestimmt werden; ein solcher Maßstab kann aber — wie die im Abschnitt II unserer Abhandlung erwähnte Begründung zu § 87 des deutschen Vorentwurfs (S. 342) bemerkt, — der berechtigten Volksanschauung nicht entsprechen. Im Gesinnungsstrafrecht müßte folgerichtig das Ermessen des Richters ganz unbeschränkt sein, damit er die Strafen entsprechend den sämtlichen, im voraus unberechenbaren Abstufungen der psychischen Eigenschaften der Verbrecher differenzieren kann, und der Gesetzgeber müßte eigentlich von der Aufstellung irgend welcher Strafrahmen ganz absehen. Falls die objektive Grundlage für die Strafzumessung, d. i. die sich in der Außenwelt manifestierende verbrecherische Tat, fallen gelassen wird, dann kann der Gesetzgeber für die Beurteilung innerer psychischer Vorgänge, der „Gesinnung", des „Charakters" usw. keine Anleitung geben, denn das sind „Kautschukbegriffe", für die es keine allgemeingiltige, präzise Definition gibt. Da aber die unvollkommene Kenntnis der Verbrecherpsychologie, die noch dazu von der persönlichen, religiös-ethischen und politischen Weltanschauung des einzelnen Richters stark beeinflußt wird, eine ungemein schwankende Grundlage für die Strafzumessung bilden würde, müßte die Gesinnungsstrafe oft zu objektiv ungerechten und willkürlichen Urteilen führen; die letzte und äußerste Konsequenz der Gesinnungsstrafe wäre die Ersetzung überhaupt des ganzen Strafrechts durch die Bestimmung, daß jeder antisozialgesinnte und daher gemeingefährliche Mensch nach dem freien Ermessen des Richters unschädlich gemacht werden solle.

Demnach darf nicht die von der einzelnen Tat unabhängige Rechtsfeindlichkeit des Täters, sondern nur seine in der einzelnen Verbrechenstat verkörperte Schuld Maßstab der Bestrafung sein und die **in der begangenen Tat hervortretende verbrecherische Gesinnung** — wie sie der deutsche Vorentwurf im § 81 richtig bezeichnet, — darf neben anderen Strafmessungsgründen nur auf die Strafzumessung innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen einen Einfluß ausüben. Diese Strafrahmen dürfen nicht zu weit sein, denn sonst wären sie faktisch keine Grenzen für das richterliche Ermessen; wir haben im Abschnitt II schon bemerkt, daß der deutsche Vorentwurf große Dehnbarkeit der Strafgesetze als unserem Satze widersprechend bezeichnet. Die Rücksicht auf eine möglichst einheitliche, dem Rechtsgefühl

des Volkes Genüge leistende Rechtssprechung verlangt außerdem, daß der Gesetzgeber dem Richter auch für die Strafzumessung innerhalb der Strafrahmen allgemeine Anhaltspunkte gebe. In manchen geltenden Strafgesetzbüchern werden — wie aus der Darstellung im II. Abschnitt hervorgeht, — diese Richtlinien weder für die Strafminderung und Strafmehrung innerhalb der Normalstrafrahmen noch für die sog. Strafänderung (d. i. für das Hinuntergehen unter die Untergrenze, beziehungsweise das Hinausgehen über die Obergrenze der Normalstrafrahmen durch Strafmilderung und Strafschärfung) im allgemeinen Teil, sondern nur bei den einzelnen Verbrechen kasuistischer Weise gegeben.

Was für Nachteile mit schlecht angewandter Kasuistik verbunden sind, ergibt sich aus der Begründung des deutschen S.G.-Entwurfes [1]).

„Es darf erwartet werden, daß dadurch der viel und mit Recht getadelte Fehler des bisherigen Gesetzes beseitigt wird, daß es nämlich infolge der kasuistischen Formulierung auf zahlreiche Fälle, auf welche es dem Grundgedanken nach hätte Anwendung finden sollen, nicht angewendet werden konnte, während es auf andere, dem Rechtsgedanken nicht entsprechende Fälle angewendet werden mußte".

Die schädlichen Folgen der Kasuistik im geltenden deutschen Strafgesetzbuch weist Wach [2]) an einer Anzahl von Beispielen nach; andererseits gibt er zu, daß das andere Extrem, die Generalisierung die Gefahr zu großer Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit, der sog. Kautschukbegriffe in sich birgt. Die Lösung dieser Schwierigkeit sieht Wach mit Recht in der Verbindung präziser, klarer gesetzlicher Definitionen mit Exemplifikation, wobei aber die als Beispiele gewählten Einzelfälle ausnahmslos treffende Rechtsgedanken veranschaulichen müßten und wiederum die Aufzählung selbst durch die hinzugefügte Generalisierung wesentlich charakterisiert werden sollte.

Wenn die Strafmessungsgründe im Gesetze exemplifiziert werden, wird dem Richter das Verständnis der Absichten des Gesetzgebers ungemein erleichtert. Vor allem aber ist notwendig, daß das Strafgesetz klar die Strafzwecke erkennen läßt, denn daraus ergibt sich im Einzelfall, welche Umstände für eine höhere oder geringere Strafe sprechen. Es muß ein einheitlicher letzter Strafzweck vorhanden sein, — wie Birk-

[1]) Begründ. d. deut. S.G.-Entwurfes. S. 660 ff.
[2]) Wach, Legisl. Technik. S. 37 ff.

meyer [1]) ausführt, — der geeignet ist, das Ermessen aller Richter in allen ihrem arbitrium überlassenen Fragen bis zu einem gewissen Grad einheitlich zu leiten.

Diese Einheitlichkeit ist notwendig, wenn die von Wach [2]) gerügte „verschiedene Behandlung von Gleichartigem" vermieden werden soll.

Während jedoch die vom Gesetz gegebenen Direktiven für die Strafzumessung innerhalb der Normalstrafrahmen — wie sich die Begründung zu § 81 des deutschen Vorentwurfs auf S. 315 ausdrückt — nur den Zweck haben können, die Aufmerksamkeit des Richters in jedem Einzelfalle darauf hinzulenken, was erfahrungsgemäß hauptsächlich zu beachten sein wird, während eine Bindung des Richters hier die gerechte Individualisierung der verbrecherischen Tat sehr erschweren würde, erfordert unser Satz, daß die Fälle der sog. Strafänderung resp. der Anwendung der Sonderstrafrahmen als Ausnahmefäll eim Gesetze nach Möglichkeit genau bestimmt seien. Es darf dem Richter keineswegs ein allgemeines unbegrenztes Strafmilderungs- oder Strafschärfungsrecht eingeräumt werden, denn sonst könnte sich der Richter immer über den Normalstrafrahmen hinwegsetzen und der letztere wäre ganz bedeutungslos.

Wie bereits im Abschnitt II bemerkt wurde, wird das im geltenden deutschen Strafgesetz herrschende System der unbestimmten „mildernden Umstände" von der Wissenschaft mit Recht verurteilt. Der deutsche Vorentwurf schafft hier keine befriedigende Änderung, denn nicht nur ist die Definition der „mildernden Umstände" im § 82 so allgemein gehalten, daß sie dem Richter faktisch gar nicht darüber aufklärt, was der Gesetzgeber als mildernden Umstand betrachtet, sondern sogar bei der Definition der „besonders schweren Fälle" im § 84 fehlt es an einer den Richter genügend anleitenden Exemplifikation. Dem von Wach [3]) aufgestellten und vom Standpunkt unseres Satzes unbedingt notwendigen Postulat allgemeiner, gehörig exemplifizierter gesetzlicher Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe (verbunden mit Sondervorschriften bei einzelnen Tatbeständen) entsprechen viel besser die Bestimmungen des österreichischen (namentlich die §§ 44, 45 und 57—62) und des schweizerischen Vorentwurfs (§ 55 ff).

Ebenfalls sind Bestimmungen betreffs der Wahl oder der

---

[1]) Birkmeyer, Ger. Saal LXXVII. S. 409 ff.
[2]) Wach, Legisl. Technik. S. 7.
[3]) „ „ „ S. 82.

Änderung der angedrohten Strafarten erforderlich, wie sie z. B. der deutsche Vorentwurf im § 85, der österreichische im § 43 und der schweizerische in den §§ 52 und 54 enthalten, indem namentlich die Anwendung der entehrenden Zuchthausstrafe hauptsächlich auf Verbrechen, die aus niederen, verächtlichen Motiven begangen wurden, beschränkt wird.

Dieselben Gründe, welche gegen ein unbegrenztes oder nicht genügend begrenztes freies Ermessen des Richters bei der Bemessung der Strafe sprechen, gestatten auch nicht die Anwendung der Analogie zwecks Pönalisierung einer Handlung. Vom rein logischen, juristischen Standpunkt wäre wohl nach dem Grundsatz „ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio" die allgemeine Zulassung der Analogie auf dem Gebiete des Strafrechts, zu befürworten und es ist auch wahr, daß kein Strafgesetzbuch ganz lückenlos ist und deshalb manchmal Handlungen straflos gelassen werden müssen, an deren Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit nicht zu zweifeln ist — aber trotzdem haben mit sehr wenigen Ausnahmen (z. B. das sächsische SGB. von 1855) sowohl die geltenden Strafgesetzbücher wie auch die neuen Vorentwürfe durch die Aufnahme unseres Satzes die Bestrafung auf Grund der Analogie ausgeschlossen, und auch viele Vertreter der Strafrechtswissenschaft sehen ein, daß die Nachteile der Zulassung der Analogie viel größer sind, als deren Vorteile. Bar [1]) hebt hervor, daß bei Zulassung der Analogie das Strafgesetz dem einzelnen Menschen nicht mehr klar sagen würde, wie weit die Freiheit seines Handelns sich erstreckt, und daß gerade in unserer Zeit der Klassenkämpfe die Justiz dann oft dem Vorwurf wenigstens unbewußter Parteilichkeit ausgesetzt wäre. Die Begründung zum deutschen Vorentwurf — welcher sonst das freie Ermessen des Richters gewiß nicht allzusehr einschränkt — erklärt ausdrücklich, daß die Analogie für die Bildung von Strafrechtssätzen im Interesse der Rechtssicherheit der Staatsbürger nicht zugelassen werden könne.

Wenn Oersted [2]) gegen unsern Satz auftritt und die Zulassung der Analogie und sogar des Gewohnheitsrechts zur Bestrafung von Handlungen, deren Strafwürdigkeit aus notwendigen Vernunftsgesetzen fließt, fordert, weil sonst die abscheulichsten und gefährlichsten Angriffe auf den Frieden des Staats und der Mitbürger, obgleich völlig erwiesen, der Strafe entgehen würden, so muß man bedenken, daß er durch die

[1]) Bar, Geltungsgebiet des Strafgesetzes. S. 38.
[2]) Oersted, Grundregeln der Strafgesetzgebung 1818. S. 106 ff.

Worte „bei dem dermaligen Zustande der Gesetzgebungen“ (S. 108) die Geltung seiner Ausführungen auf den Anfang des XIX. Jahrhunderts beschränkt; bei der damaligen veralteten und chaotischen Gesetzgebung in vielen deutschen und außerdeutschen Staaten nahm man gerne Zuflucht zu einem idealen Naturrecht, und uneingeschränkte Analogie und Gewohnheitsrecht waren damals wirklich ein „notwendiges Übel“. Bei dem heutigen Zustande der Strafgesetzgebung der Kulturstaaten kann wohl fast nur die zeitweilige Straflosigkeit neu auftauchender Verbrechensarten in Betracht kommen; ein Hilfsmittel dagegen kann nur die Schaffung von Nachtragsgesetzen sein, aber nicht die Analogie, deren Grenzen der Natur der Sache nach, gesetzlich nicht bestimmt werden könnten und dem völlig freien subjektiven Ermessen des Richters anheimgestellt werden müßten, so daß die Anwendung der Analogie leicht in (wenigstens objektiv) ungerechte Willkür ausarten könnte.

Es sind noch die Konsequenzen unseres Satzes in Bezug auf Rückwirkung zu erörtern: Wir müssen hier unterscheiden, ob es sich a) um Rückwirkung eines neuen Strafgesetzes auf solche Fälle, die vor der Erlassung dieses Gesetzes ganz straflos waren, handelt, oder b) um Rückwirkung eines neuen Gesetzes, welches die Strafdrohung für eine auch früher strafbare Handlung ändert.

Im ersten (a) Falle, wenn ein neues Strafgesetz zugleich die Aufstellung einer neuen Norm bedeutet, kann das Strafgesetz nur auf Handlungen Anwendung finden, die nach seinem Inkrafttreten begangen sind.

Aber auch dann, wenn einer bereits existierenden, aber nicht mit Strafsanktion versehenen Norm ein Strafgesetz, welches die Übertretung mit Strafe bedroht, zeitlich nachfolgt, können die vor dem Strafgesetz begangenen Normübertretungen nicht nachträglich nach ihm bestraft werden, denn unser Satz erfordert, daß eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden darf, wenn zu ihrer Begehungszeit für sie eine gesetzte Strafdrohung bestand, — wie dies in allen neueren Strafgesetzbüchern bestimmt ist. Bereits in der Constitution française vom 24. 6. 1793 (déclaration des droits de l'homme) lesen wir im Art. 14 „L' effet rétroactif, donné à la loi, serait un crime“.

Im zweiten (b) Falle fordert sowohl die im Begriff der Vergeltungsstrafe liegende Gerechtigkeit, wie auch die Rechtssicherheit der Bürger, daß jede von einem Gesetze verbotene Handlung so bestraft werde, wie es eben dies Gesetz bestimmt, denn der Täter handelt schuldhaft und verletzt ein

Rechtsgut nur in solchem Umfange, wie sich der Wert dieses Rechtsguts nach dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetze darstellt; daran kann die zufällige Tatsache verspäteter, in die Zeit des neuen Gesetzes fallender Aburteilung nichts ändern. Die Strafe muß diesem, dem Verbrecher bekannten Werte des Rechtsguts und nicht dem späteren höheren angemessen sein, denn je höher der Wert, desto größer die Intensität des verbrecherischen Willens, desto größer also die Schuld.

Nur in diesem Falle, wenn das neue Gesetz milder ist, verlangt es die Billigkeit, daß die veränderte, milder gewordene Rechtsanschauung zur Zeit der Aburteilung auch auf die früher begangenen strafbaren Handlungen ausgedehnt werde; das besserer Einsicht entsprechende und dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart entsprungene neue mildere Gesetz soll auch dem verspätet abgeurteilten zu gute kommen, denn die Anwendung der früher angedrohten und jetzt als allzu streng betrachteten, also zur Vergeltung der begangenen Tat und zur Sicherung der Rechtsordnung nicht mehr im vollen Umfange notwendigen Strafe wäre eine zwecklose Härte. Auf denselben richtigen Motiven beruht auch die Bestimmung des deutschen Vorentwurfs (§ 2 Abs. 3), nach welcher die Strafbarkeit einer früher begangenen Handlung fortfällt, falls das frühere, dieselbe mit Strafe bedrohende Gesetz durch ein neues ganz aufgehoben wird.

Wir wollen noch im allgemeinen darlegen, welche überaus guten Folgen die konsequente Durchführung unseres Satzes nach sich zieht. Mit vollem Recht bezeichnet ihn Bar [1]) als eine notwenige Ergänzung der Freiheitsrechte und Finger [2]) sagt: „In erster Linie bedeutet eine relativ weitgehende Ungebundenheit des Richters bei der Rechtsanwendung im Strafrecht eine Gefahr für die individuelle Freiheit."

Wenn man den Standpunkt der klassischen Schule verläßt und sich auf denjenigen der Modernen stellt, dann stößt man auf einen unlösbaren Widerspruch. Birkmeyer bemerkt richtig: „Die Modernen widersprechen sich offensichtlich, wenn sie einerseits am Strafrechte und an dem Grundsatze „nulla poena sine lege" lediglich im Interesse der persönlichen Freiheit der Bürger dem Strafrichter völlig preisgeben [3]).

Also nur dann kann unser Satz als Schutz der persön-

---

[1]) Bar, Gesetz und Schuld. S. 9.
[2]) Finger, Gutachten II. S. 50.
[3]) Ger. Saal, LXXVII. S. 425.

lichen Freiheit betrachtet werden, wenn er sich innig an die klassische Schule anlehnt.

Vom Standpunkte unseres Satzes ist die Vergeltungstheorie die wirklich moderne, welche an den Errungenschaften aller Freiheits- und Verfassungskämpfe der letzten 130 Jahre festhält und die persönliche Freiheit schützt. Hingegen die sogen. „moderne" Schule oder wenigstens ihrem extremen Flügel, müssen wir von diesem Standpunkte aus als reaktionär betrachten, da sie nicht nur den Verbrecher, sondern überhaupt jede als „gemeingefährlich" erachtete Person als schutzloses Objekt soziologischer und physiologischer Experimente dem Richter oder sogar dem Strafvollzugsbeamten ausliefert und durch das Prinzip des weitesten richterlichen Ermessens auf eine neue Weise den durch fortschreitende Kulturentwicklung überwundenen alten Zustand einer durch richterliche Willkür ganz in Frage gestellten individuellen Rechtssicherheit wieder herbeiführt.

Zwar erkennt auch Liszt — wie Birkmeyer (Was läßt v. Liszt . . . S. 3) zugibt — formell die Bedeutung des Strafgesetzbuches als der „magna charta" des Verbrechers und die Bedeutung unseres Satzes als Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit an, aber es ist dies nur „graue Theorie", aus der Liszt und überhaupt die soziologische Schule gar nicht die entsprechenden Konsequenzen zieht. Zwar glaubt die soziologische Schule eben durch weiteste Zulassung des individualisierenden richterlichen Ermessens am besten auch den Verbrecher selbst vor unbilliger Härte des starren Gesetzes schützen zu können, aber in der Wirklichkeit mutet sie dem Richter — der ja doch nur eine Einzelperson mit menschlichen Schwächen und Fehlern ist und nicht allwissend, sondern gewöhnlich nur einseitig als Fachjurist ausgebildet ist, — zu, daß er Verbrechen und Verbrecher im allgemeinen werde besser und vielseitiger beurteilen können, als der Gesetzgeber, dem ja in Form von oft langjährigen Parlamentsverhandlungen und Spezialenqueten bei der Verfassung des Gesetzbuches ein ungeheures und vielseitiges Tatsachenmaterial und die Ergebnisse aller mit dem Strafrecht irgendwie in Beziehung stehenden Gebiete der Wissenschaft zu Diensten stehen. Birkmeyer [1]) bezweifelt nicht den guten Willen der Richter, wohl aber ihr Können, wenn man sie mit Aufgaben überbürde, die eigentlich vom Gesetzgeber selbst gelöst werden müssen. Außerdem müssen

[1]) Birkmeyer, Ger.-Saal LXXVII. S. 431.

wir berücksichtigen, daß bei der stetig zunehmenden Anzahl der Verbrechen die Strafrichter in fast allen Ländern mit Arbeit überhäuft sind und dadurch gezwungen werden, die Untersuchungen und Verhandlungen schnell und schablonenhaft durchzuführen, um nur keine „Restanten" zu haben; wenn demnach der Gesetzgeber dem Richter nicht durch erchöpfende, klare Bestimmungen und Richtlinien zur Seite stehen würde, dann würde nicht die von der modernen Schule angestrebte eingehende Individualisierung in der Behandlung jedes Verbrechers eintreten, sondern im Gegenteil eine chaotische, widerspruchsvolle; vom Zufall abhängige Rechtssprechung. Der Vorwurf, daß die typischen, vom Strafgesetzbuch vorgegesehenen Einzelfälle nicht genügend gerecht werden können, müßte eben vom Standpunkte einer konsequenten Soziologie als unberücksichtigt zurückgewiesen werden. denn diese lehrt uns, daß in den Erscheinungen des gesellschaftlichen menschlichen Lebens eine ähnliche Gesetzmäßigkeit herrscht, wie in der Natur. Somit äußert sich auch das Verbrechertum nicht als eine Summe von zufälligen Einzelfällen, sondern als vorauszusehende Folge oder Ursache gewisser Bedingungen; es kann also in typischen Formen vom Gesetzgeber erfaßt und bekämpft werden. Wenn aber im Einzelfall Abweichungen vom Typus vorkommen, dann hat ja der Richter innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen die Möglichkeit, sie zu berücksichtigen.

Die Einleitung zur Begründung zu dem „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch" 1909 [1]) sagt mit trefflicher Ironie: „Das Ideal derjenigen, welche auf möglichste Freiheit des richterlichen Ermessens hinarbeiten, müßte der Satz sein, der das Strafrecht im besonderen Teil auf einen einzigen Paragraphen zusammenschmelzen ließe: Der Richter bestimmt die Strafe unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach seinem Ermessen".

Die soziologische Schule legt großen Nachdruck auf die erzieherische Aufgabe der Strafe, welche den Verbrecher — insoweit er nicht als „Unverbesserlicher" nur unschädlich gemacht werden muß, — wieder zu einem brauchbaren Glied der Gesellschaft machen soll. Aber eben dieses Postulat der Besserung zwingt die moderne Schule nicht nur zu der Forderung auf Zulassung des weitesten freien richterlichen Ermessens, — weil ja die Besserungsfähigkeit nur individuell erkannt werden kann, — sondern sogar zur Forderung, daß

[1]) Vorentw. z. deut. Strafgesetzbuch 1909. S. X.

auch der Richter in seinem Urteil nur eine zeitlich unbestimmte Freiheitsstrafe verhänge; die Dauer der Freiheitsbeschränkung jedes Verbrechers soll dann vom Ermessen einer Strafvollzugsbehörde abhängig sein, weil man erst ex post, nach längerer Beobachtung des eingekerkerten Verbrechers schließen könne, ob er sich schon gebessert, d. i. seine antisoziale Gesinnung aufgegeben hat und ohne Schaden für die Gesellschaft wieder freigelassen werden kann. Wenn auch die Sache theoretisch sich ganz hübsch darstellen läßt, müßte sie — bei der Unvollkommenheit aller menschlichen Institutionen — de facto zu größten Mißbräuchen führen. Die Urteile wären dann nur eine moderne Ausgabe der berüchtigten „lettres de cachet" aus der Zeit der französischen Bastille. Jedenfalls haben sich die amerikanischen „indeterminate sentences" bisher noch nicht als nachahmenswertes Muster erwiesen.

Auch die klassische Schule hat die Besserung des Verbrechers als Nebenzweck der Strafe im Auge, aber die Besserung soll nicht als Motiv für die Bestrafung dienen; nur der Vollzug der Freiheitsstrafe, innerhalb der vom Gesetz und durch Urteil bestimmten Zeitperiode, soll nach Möglichkeit so gestaltet werden, daß er auf den Verbrecher bessernd einwirke. Auch die „Unverbesserlichkeit" des Verbrechers, insofern sie sich durch wiederholte Verübung eines Verbrechens kundgibt, wird sowohl durch die klassische Schule, wie auch die ganze, von ihr beeinflußte Gesetzgebung als Straferhöhungs- oder Strafschärfungsgrund berücksichtigt.

Es könnte aber von gegnerischer Seite der Einwurf gemacht werden, daß unser Satz mit seiner Betonung der menschlichen Freiheitsrechte wohl den Verbrecher in Schutz nehme, aber die Notwendigkeit des Schutzes der Gesellschaft und des Staates nicht gehörig berücksichtige. Wir sind nun der Ansicht, daß es zur Erfüllung des letztgenannten Postulats unbedingt notwendig ist, daß sich die Bürger mit der staatlichen Rechtsordnung identifizieren, die Richtigkeit der staatlichen Gebote und Verbote vom Standpunkte ihrer eigenen Vernunft anerkennen und es als ihr eigenes Inreresse betrachten, dem Staate bei der Verhinderung der Verletzungen der Rechtsordnung behilflich zu sein; es muß ihnen aber vorerst die Rechtsordnung als fester Punkt in dem beständigen Wechsel der Lebenserscheinungen vorschweben, als der Ausfluß der höchsten sittlichen Prinzipien. Wenn jedoch der Bürger sieht, daß die gleiche Verletzung der Rechtsordnung mangels fester gesetzlicher Bestimmungen von staatlichen Organen manchmal sehr leicht oder garnicht und manchmal ungemein streng be-

straft wird, wenn er sieht, daß hier menschliche Schwächen und Vorurteile dieser Organe den Ausschlag geben, dann hört er auf, die Rechtsordnung zu begreifen und sieht mißtrauisch zu, wie die Freiheit des Individuums der Willkür der Richter als Gegenstand beliebiger Versuche der Unschädlichmachung etc. preisgegeben wird. Wenn hierzu noch Klassengegensätze kommen, die sich in der Gegenwart ständig verschärfen, wenn die große Masse der Arbeiterschaft in den Richtern nicht unparteiische Repräsentanten des Rechtsstaates, sondern nur die Vertreter der ihr feindlichen „besitzenden" Klassen sieht, wenn also das Mißtrauen gegen „Klassenjustiz" hinzutritt, dann besteht die Gefahr, daß die Mehrheit der Bürger aufhört, auf dem Standpunkt der geltenden Rechtsordnung zu stehen, daß sie in der ihr unverständlichen, widerspruchsvollen Rechtssprechung nur Willkür und Tyrannei sieht und revolutionären oder gar anarchistischen Strömungen willig ihr Ohr leiht.

Deshalb muß jeder Anschein vermieden werden, als ob an Stelle des unpersönlichen, unparteiischen Gesetzes persönliche, parteiische Willkür treten könnte. Und somit wird unser Satz durch die sich aus ihm ergebenen Einengung der richterlichen Willkür zur Schutzwehr des Staates und der auf normaler Entwicklung beruhenden Gesellschaft gegen gewaltsame katastrophale Erschütterungen ihrer Existenz.

Aber auch als Schutzwehr der Gesellschaft gegen das Verbrechertum leistet unser Satz die besten Dienste. Durch klar bestimmte gesetzliche Strafdrohungen für klar bestimmte Verletzungen der Rechtsordnung wird dem Verbrecher und allen Bürgern das Bewußtsein gebracht, daß, wer durch Verbrechen anderen ein Übel zufügt, durch die Strafe ein bestimmtes Übel erleiden werde, das größer ist, als die mit der Verübung des Verbrechens verbundene Lust oder der daraus entspringende Nutzen. Lammasch [1]) bemerkt richtig, daß je gleichmäßiger die richterlichen Urteile in gleichartigen Verbrechensfällen sind, desto schärfer sich auch die Strafbarkeit einer Tat der Bevölkerung einpräge und desto stärker die abschreckende Wirkung der Strafdrohung werde. Unser Satz gibt von vornherein dem Verbrecher den Maßstab zum Vergleichen des „Für" und des „Wider" und beraubt ihn der Hoffnung, daß ihm die großen Lücken der soziologischen, kriminalanthropologischen und sonstigen „modernen" Beurteilung des Verbrechers und des Verbrechens ein strafloses Durchschlüpfen ermöglichen werden. Es wird allen im voraus klar, daß wohl einerseits dem Ver-

[1]) Lamasch, Ger.-Saal, XVIV. S. 181.

brecher nicht willkürlich ein größeres Übel zugefügt wird, als er es verdient und die Notwendigkeit es verlangt, aber das andererseits auch nicht — infolge der Verwirrung in Richterkreisen, die durch die deterministische Weltanschauung der Kriminalsoziologen und die widerspruchsvolle forensische Psychiatrie hervorgerufen wird — zum Schaden der Gesellschaft und des allgemeinen Rechtsempfindens solche Verbrecher der Strafe entgehen könnten, die nach dem gesunden Menschenverstande als bewußte unzurechnungsfähige Verletzer der Rechtsordnung betrachtet werden.

Noch ein Gesichtspunkt, der mit der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung in inniger Beziehung steht, muß hier berücksichtigt werden. Durch die Strafe soll nicht nur dem Staate und der Gesellschaft, sondern auch dem durch die verbrecherische Handlung geschädigten Bürger Genugtuung gegeben werden, denn das Rachebedürfnis ist auch in der heutigen Menschheit noch nicht erloschen, und eine grundsätzliche Vernachlässigung dieser Genugtuung würde ein Wiederaufleben der Selbsthilfe, der Privatrache und aller damit verbundenen Störungen der Ordnung nach sich ziehen. Diesem Bedürfnis leistet aber Genüge nur eine unserem Satz entsprechende gerechte Vergeltungsstrafe, wenn der Verletzte auf deren Vollziehung am Übeltäter von Anfang an mit Sicherheit rechnen kann; unbestimmte Strafen, die vom freien richterlichen Ermessen und von nicht allgemein verständlichen wissenschaftlichen Theorien abhängig sind, würden diesen Zweck keineswegs erfüllen.

So glauben wir denn bewiesen zu haben, daß der richtig verstandene und durchgeführte Grundsatz „nulla poena sine lege“ dem Bedürfnis nach einem gesunden Fortschritt auf dem Gebiete des Strafrechts, nach dem Schutze der staatlichen Rechtsordnung und zugleich der persönlichen Freiheit der Bürger vollkommen Genüge leistet, daß er sowohl unser Rechtsempfinden, das uns angeborene Gerechtigkeitsgefühl befriedigt, wie auch die Ergebnisse der modernen Forschung auf allen mit dem Strafrecht in Beziehung stehenden Gebieten der Wissenschaft berücksichtigt.

Literatur-Verzeichnis.

Abegg: Die verschiedenen Strafrechtstheorien, Neustadt a./O. 1835.

Bar v.: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Berlin 1906.

„ Geltungsgebiet des Strafgesetzes (in Aschrotts und v. Liszt's: Reform des Reichsstrafgesetzbuches), Berlin 1910.

Begründung zum Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.

Berolzheimer: Strafrechtsphilosophie, München 1907.

Binding: Handbuch des Deutschen Strafrechts I, 1885, Leipzig.

„ Grundriß des Deut. Strafrechts, Allg. Teil VI A. Leipzig 1902.

Birkmeyer: Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? München 1907.

„ Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem Deut. Straf gesetzbuch. Leipzig 1910.

„ Das richterliche Ermessen im Deut. Entwurf, verglichen mit dem österreichischen. (Gerichtssal Bd. LXXVII).

Döring: Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur Kantischen Philosophie (Inaug. Diss.) Jena 1906.

Feuerbach v.: Lehrbuch d. peinlichen Rechts. Giessen 1847. 14 A.

„ Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechtes. Erfurt 1799.

„ Kritik des Kleinschrod'schen Entwurfs eines peinlichen Getetzbuches. Giessen 1804.

Frank: Strafgesetzbuch f. d. Deut. Reich. Tübingen 1908.

Finger: Gutachten für den 29. deutschen Juristentag 1908.

„ Lehrbuch des Deut. Strafrechts I. Berlin 1904.

Grolman: Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft 1825.

Grotius: de jure belli ac pacis. Amsterdamm 1631.

Henke: Handbuch des Kriminalrechts. Berlin und Stettin 1823 - 36.

Ihering: Zweck im Rechte. Leipzig 1893.

Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre in „Metaphysik der Sitten". 1897.

Königswarter: nullum delictum, nulla poena sine lege. Amsterdam 1835.

Lammasch: Grundriß des österr. Strafrechts. 2 A 1902 (Grundriß des österr. Rechts).

Liszt v.: Lehrbuch des Strafrechts, 8. Aufl. Berlin 1911.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 7. A. Leipzig 1912.

Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Nagler: Verbrechensprophylaxe in Kritische Beiträge z. Strafrechtsreform, Heft 14. Leipzig 1911.

Oersted: Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung. 1818.

von Otto: Geschichte d. japan. Strafrechts. Borna-Leipzig 1913.

Pfenninger: Der Begriff der Strafe, untersucht an der Theorie des Hugo Grotius Berlin 1897.

Stenglein: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. München 1858.

Schmidt: Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895.

Wach: Die Reform der Freiheitsstrafe. Leipzig 1890

Koase: Lehrbuch des Strafrechts. Tokio 1908 (japan.).

Modosi: Lehrbuch des Strafrechts. Tokio 1908 (japan.).

Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. (Herausgeg. v. Liszt und Crusen) Bd. I. 1894, Bd. II. 1899.

Schweizer Vorentwurf eines Strafgesetzes vom Jahre 1908.

Österreichischer Vorentwurf eines Strafgesetzes vom Jahre 1909.

Rosenfeld: Die richterliche Strafzumessuug in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Allgem. Teil, III. Bd. Berlin 1908.

Wach: Legistative Teehnik (ebenfalls in „Vergleich. Darstellung . . . ." Allg. Teil VI Bd.). Berlin 1908.

Shigema Oba: In Z. f. Strafrechtswissenschaft Bd. 28, S. 211 ff. (Japanisches Strafgesetzbnch von 1907).

Inhalts-Übersicht.

	Seite
I. Geschichte des Satzes „nulla poena sine lege“	3
II. Die Formulierung und Durchführung dieses Satzes in den neueren Strafgesetzbüchern und Entwürfen	10
A. Deutschland	10
1. Bayern	10
2. Sachsen	12
3. Preußen	13
4. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich	13
5. Der Vorentwurf des neuen deutschen Strafgesetzbuches	14
B. Österreich	17
C. Der Schweizer Vorentwurf	19
D. Frankreich	20
E. Italien	21
F. England	22
G. Japan	23
III. Dogmatischer Inhalt und legislativ-politische Rechtfertigung des Satzes „nulla poena sine lege“	26
Literatur	50